



Det juridiske fakultet

Tvisteløsningsnemndas avgjørelser ved tvist etter aml. §§ 14-3 og 14-4 a

En analyse av Tvisteløsningsnemndas lovtolkning og rammene for nemndas kompetanse til å avgjøre tvist etter aml. §§ 14-3 og 14-4 a.

Julie Elisabeth W. Hegdahl

Liten masteroppgave i rettsvitenskap, JUR-3902, desember 2020.

Innholdsfortegnelse

1	Innledning	1
1.1	Avhandlingens tema og hovedproblemstillinger.....	1
1.2	Aktualitet.....	2
1.3	Avgrensninger	4
1.4	Rettskilder og metode.....	5
1.5	Fremstilling	6
2	Tvisteløsningsnemnda som organ.....	7
2.1	Bakgrunn, formål og sammensetning.....	7
2.2	Nærmere om Tvisteløsningsnemndas kompetanse	9
3	Begrensninger i arbeidsgivers frie valg ved ansettelse	10
4	Er Tvisteløsningsnemndas lovtolkning av aml. § 14-3 i tråd med gjeldende rett? ..	12
4.1	Oversikt.....	12
4.2	Utøvelse av fortrinnsrett.....	13
4.2.1	Hvem gjelder fortrinnsretten for?.....	13
4.2.2	Når aktualiseres fortrinnsretten?	13
4.2.3	Er utøvelse av fortrinnsrett en absolutt rett?	14
4.2.4	Drøfting og prioriteringsrekkefølge	15
4.3	Er Tvisteløsningsnemndas vurdering av arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede deltidsansatte i tråd med gjeldende rett?.....	16
4.4	Konklusjon og oppsummering	20
5	Tvisteløsningsnemndas kompetanse etter aml. § 14-3	20
6	Er Tvisteløsningsnemndas lovtolkning av aml. § 14-4 a i tråd med gjeldende rett? 23	
6.1	Oversikt.....	23
6.2	Utøvelse av rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.....	24
6.2.1	Hvem aktualiseres bestemmelsen for?	24
6.2.2	Beregningsperiode og fremsettelse av krav	24

6.2.3	Kravet til jevnlig utført merarbeid	25
6.2.4	Behovet for merarbeidet er bortfalt	25
6.3	Er Tvisteløsningsnemndas tolkning av vilkåret «arbeid utover avtalt arbeidstid» i tråd med gjeldende rett?	26
6.3.1	Generelle bemerkninger	26
6.3.2	Kvantitative avgrensninger	27
6.3.3	Kvalitative avgrensninger	29
6.3.4	Hvilke arbeidstyper anses som arbeid etter aml. § 14-4 a?	31
6.3.4.1	Planlagte, men ikke utførte vakter.....	31
6.3.4.2	Kurs og etterutdannelse	33
6.3.4.3	Underkvalifisert arbeid.....	36
6.3.4.4	Unntak for midlertidige avtalte utvidelser	41
6.4	Konklusjon og oppsummering	44
7	Tvisteløsningsnemndas kompetanse etter aml. § 14-4 a	45
7.1	Oversikt	45
7.2	Fastleggelse av stillingsprosent	46
7.3	Innfortolkning av nye krav, som ikke fremgår av lovens ordlyd	50
7.4	Konklusjon og oppsummering	51
8	Er tvist etter aml. §§ 14-3 og 14-4 a hensiktsmessig å behandle i Tvisteløsningsnemnd?	52
	Kildeliste.....	1
	Norske lover og forskrifter	1
	Norske lovforarbeider, utredninger og etterarbeider	1
	Norske rettsavgjørelser.....	2
	Avgjørelser fra Tvisteløsningsnemnda.....	3
	Bøker	4
	Tidsskriftsartikler	4
	Uttalelser fra norske organer og institusjoner	5

Internettsider.....	5
Vedlegg	2

1 Innledning

1.1 Avhandlingens tema og hovedproblemstillinger

Tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven (Tvisteløsningsnemnda - nemnda) har etter lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven - aml.) § 17-2 første ledd, kompetanse til å behandle tvist etter aml. §§ 14-3 og 14-4 a.

Avhandlingens overordnede tema er de rettslige rammene for nemndas avgjørelser, ved behandling av tvist etter aml. §§ 14-3 og 14-4 a.

Før arbeidstaker eller arbeidsgiver kan bringe tvist etter aml. §§ 14-3 og 14-4 a inn for domstolen, er det en prosessforutsetning at tvisten bringes inn til behandling i

Tvisteløsningsnemnda og at avgjørelse fra nemnda foreligger.¹ Vedtak fra nemnda har imidlertid virkning som en rettskraftig dom, dersom partene velger å *ikke* reise søksmål.²

Det kan være verdt å merke seg at alle beslutninger som omhandler virksomheten, herunder beslutninger om ansettelser og endringer i et arbeidsforhold, i utgangspunktet hører inn under arbeidsgivers styringsrett.³ Bestemmelsene inntatt i aml. § 14-3 og § 14-4 a regulerer derfor ulike *begrensninger* i arbeidsgivers beslutningsmyndighet.

Aml. § 14-3 omhandler deltidsansattes fortrinnsrett til utvidet stilling ved nyansettelser i virksomheten og beskytter deltidsansattes stillingsvern hovedsakelig i relasjon til ekstern innhenting av arbeidskraft. Aml. § 14-4 a hjemler rett for deltidsansatte til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og er sammen med aml. § 14-3, tiltak for å beskytte deltidsansatte mot ufrivillig og uønsket deltidsarbeid i arbeidslivet.⁴

Temaet for avhandlingen er valgt på bakgrunn av HR-2016-867-A, hvor Høyesterett konkluderte med at nemnda hadde foretatt feil tolkning av aml. § 14-3. Avhandlingen bygger

¹ Aml. § 17-2 annet ledd første setning.

² Aml. § 17-2 fjerde ledd første setning.

³ Se avhandlingens kapittel 3 for nærmere om styringsrettens innhold.

⁴ Prop.83 L (2012-2013) Endringer i arbeidsmiljøloven mv. (søksmålsrett for fagforeninger mv., overtredelsesgebyr og ufrivillig deltid), s. 65 og Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven), s. 226

på en tese om at Tvisteløsningsnemnda også på andre områder kan ha foretatt lovtolkningsfeil.

Avhandlingen inneholder to hovedproblemstillinger. Den første hovedproblemstillingen er om Tvisteløsningsnemndas lovtolkning av aml. §§ 14-3 og 14-4 a er i tråd med gjeldende rett. Den andre hovedproblemstillingen er hvilke tvister som ligger innenfor rammen av Tvisteløsningsnemndas kompetanse å avgjøre.

1.2 Aktualitet

Siden Tvisteløsningsnemndas opprettelse i 2006, er 1625 saker brakt inn til nemndsbehandling.⁵ Av disse sakene omhandler 1131 av dem fortrinnsrett for deltidsansatte etter aml. § 14-3 og rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter aml. § 14-4 a.⁶ Sakstilfanget til nemnda er stort og avgjørelsene får konsekvenser for mange arbeidstakere og arbeidsgivere.

Domstolene overprøver sjeldent Tvisteløsningsnemndas avgjørelser, herunder nemndas lovtolkning og rammene for dets kompetanse. Begrunnelsen for manglende overprøving synes å være at siktemålet for nemndsbehandling - at de fleste saker nettopp skal få sin løsning i nemnda - blir oppfylt som tiltenkt.⁷ På denne måten har Tvisteløsningsnemndas avgjørelser stor betydning for arbeidstakers fremtidige arbeidsforhold. Det er derfor aktuelt å undersøke om Tvisteløsningsnemnda foretar korrekt lovtolkning og hvilke tvister som ligger innenfor rammen av Tvisteløsningsnemndas kompetanse å avgjøre. Avhandlingen tar for seg flere spørsmål som synes uavklart.⁸ Drøftelsen av spørsmålene har derfor en rettslig aktualitet, både for arbeidsgiver, arbeidstaker og Tvisteløsningsnemnda. Videre er det også av praktisk betydning for rettslivet å vite hvilke konkrete tvister Tvisteløsningsnemnda har kompetanse til å behandle.

Avhandlingens aktualitet kan videre illustreres gjennom domstolkommisjonens andre delrapport fra oktober 2020, vedrørende utredning av domstolenes organisering og

⁵ Nemndene.no, <https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/vedtak-tvistelosningsnemnda/>, (lest. 15. desember 2020)

⁶ Nemndene.no, søk; vedtak om stilling tilsvarende faktisk arbeidstid og fortrinnsrett for deltidsansatte; <https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/vedtak-tvistelosningsnemnda/>, (lest 15. desember 2020)

⁷ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 291

⁸ Se eksempelvis særlig avhandlingens pkt. 6.6 vedrørende tolkningen av vilkåret «arbeid utover avtalt arbeidstid» etter aml. § 14-4 a.

uavhengighet.⁹ Rapporten omhandler blant annet forholdet mellom domstolsbehandling og nemndsbehandling, herunder hvorvidt nemndsbehandling sikrer tilstrekkelig kvalitet, uavhengighet og tillit til rettsstaten.¹⁰ Kommisjonen stiller spørsmålstegn ved hvorvidt ulike nemndsordninger sikrer tilstrekkelig rettsikkerhet for borgerne, og peker på de utfordringer som er knyttet til saksbehandling i nemnd.¹¹ Blant annet vises det til hovedregelen om skriftlige forklaringer med begrenset mulighet for muntlig bevisførsel. Nemndene følger saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, partene veiledes av sekretariater og er sjeldent representert ved advokat.¹² Justis- og beredskapsdepartementet har sendt delutredningen ut på høring.¹³ Det gjenstår å se hvorledes høringsinstansene stiller seg til rapporten.

Avhandlingens aktualitet kan også illustreres gjennom den debatt som har funnet sted i rettslivet vedrørende nemndsordning som tvisteløsningsfunksjon i relasjon til utarbeidelse og endring av lov. Den 2. juli 2020 sendte Arbeids- og sosialdepartementet ut et høringsbrev, med forslag om å gi Diskrimineringsnemnda myndighet til å avgjøre tvist om gjengjeldelse etter varsling i arbeidsmiljøloven.¹⁴ I høringsvarene fra de ulike arbeidsgiverorganisasjonene, er det klare synspunkt at gjengjeldelsessaker ikke egner seg for nemndsbehandling.¹⁵ Rettsikkerhetshensyn blir særlig trukket frem som begrunnelse på hvorfor slike tvister bør avgjøres av domstolene. Det pekes videre på at lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven – tvl.) i større grad enn nemndsbehandling åpner for at partene kan inngå minnelige løsninger, blant annet gjennom rettsmekling. Rettsmekling er

⁹ NOU 2020: 11, den tredje statsmakt – Domstolene i endring.

¹⁰ NOU 2020: 11, pkt. 7.4 s. 68 flg.

¹¹ NOU 2020: 11, s. 71.

¹² NOU 2020: 11, s. 68.

¹³ *Høring – NOU 2020: 11, Den tredje statsmakt- Domstolene i endring*; <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-nou-2020-11-den-tredje-statsmakt-domstolene-i-endring/id2774188/?expand=horingssvar&lastvisited=1629e195-1aad-439e-a76f-d658563800d9>, (lest 15. desember 2020), høringsfrist 27. april 2021.

¹⁴ *Høring - Endringer i diskrimineringsombudsloven og arbeidsmiljøloven*; <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---endringer-i-diskrimineringsombudsloven-og-arbeidsmiljolooven/id2721692/>, (lest 15. desember 2020).

¹⁵ Høringssvar fra arbeidsgiverforeningen Spekter; <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---endringer-i-diskrimineringsombudsloven-og-arbeidsmiljolooven/id2721692/?uid=b822755b-b04c-4903-9319-0ac27c1a3b41>, (lest 15. desember 2020).

Høringssvar fra KS Kommunesektorens organisasjon; <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---endringer-i-diskrimineringsombudsloven-og-arbeidsmiljolooven/id2721692/?uid=a7602dd5-e010-45e9-9cc4-a63c5f70c234>, (lest 15. desember 2020).

ikke et alternativ ved nemndsbehandling, noe som etter arbeidsgiverorganisasjonenes oppfatning er en betydelig svakhet.¹⁶

Derfor er det interessant å se nærmere på Tvisteløsningsnemndas avgjørelser. Gjennom de problemstillinger som reises i oppgaven vil avhandlingen dermed også kunne belyse hensiktsmessigheten med tvisteløsning i Tvisteløsningsnemnda.

1.3 Avgrensninger

Aml. § 17-2 første ledd bestemmer at Tvisteløsningsnemnda avgjør tvist etter aml. §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a. Avhandlingen avgrenses imidlertid mot en behandling av nemndas lovtolkning og kompetanse ved avgjørelse av tvist etter aml. §§ 8-3, 10-13, 12-14. Nemnda behandler klart flest saker etter aml. §§ 14-3 og 14-4 a og det er derfor naturlig å ta utgangspunkt i disse.¹⁷ Både aml. §§ 14-3 og 14-4 a omhandler regler om deltidsansattes rett på stillingsutvidelse og er tatt inn i loven som tiltak mot uønsket deltidsarbeid.¹⁸ Dette gjør det naturlig at begge bestemmelsene behandles.

Tariffregulering som enten erstatter eller supplerer bestemmelsene i aml. §§ 14-3 og 14-4 a, faller også utenfor rammen av avhandlingen, fordi nemnda ikke har kompetanse til å avgjøre slike tvister. Innholdet i rettsreglene for virkninger av brudd på aml. § 14-3 og § 14-4 a, vil heller ikke drøftes særskilt. Spørsmål om virkninger av brudd på bestemmelsene i tilknytning til nemndas kompetanse vil imidlertid drøftes der dette er naturlig og hensiktsmessig for en helhetlig fremstilling av avhandlingens tema. Andre rettsgrunnlag for stillingsutvidelse enn aml. § 14-3 og § 14-4 a vil heller ikke behandles. I de situasjoner det er formålstjenlig å trekke linjer til andre slike grunnlag vil dette gjøres kort.

Aml. §§ 17-2 og 14-4 a kommer til anvendelse både for statens ansatte, kommunalt ansatte og ansatte i private virksomheter. Aml. § 14-3 gjelder imidlertid ikke for statens ansatte.¹⁹ Oppgaven vil derfor omhandle alle arbeidstakerforhold, med unntak av statens ansatte.

¹⁶ Se særlig KS sitt hørings svar, s. 1 <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---endringer-i-diskrimineringsombudsloven-og-arbeidsmiljolooven/id2721692/?uid=a7602dd5-e010-45e9-9cc4-a63c5f70c234>, (lest 15. desember 2020).

¹⁷ Se avhandlingens pkt. 1.2.

¹⁸ Se avhandlingens pkt. 1.1.

¹⁹ Forskrift av 16. desember 2005 nr. 1567, om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper, § 1.

De øvrige prosessuelle regler for behandling i Tvisteløsningsnemnda vedrørende gjenåpning, retting og tilleggsavgjørelser faller også utenfor rammene av denne oppgaven å behandle.²⁰

1.4 Rettskilder og metode

For problemstillingene som reises i avhandlingen er det få rettskilder som gir konkrete bidrag til forståelsen av rettsreglene, og man er i stor grad henvist til sekundære kilder når gjeldende rett skal kartlegges. Særlig ordlyden i aml. § 14-4 a byr på tolkningstvil. Forarbeidene gir konkret veiledning på noen kjerneområder, men de prinsipielle spørsmålene ved grensene for bestemmelsenes anvendelsesområde er ikke omtalt her. Ved tolkningen av aml. § 14-3 gir forarbeidene flere og mer utfyllende avklaringer. Tolkningsspørsmålene som reises i avhandlingen er ikke behandlet i Høyesterettspraksis. Enkelte Høyesterettsavgjørelser omhandler nærliggende spørsmål og vil derfor belyses når dette er formålstjenlig. I mangel på Høyesterettspraksis vil underrettspraksis brukes for å illustrere saksforhold.

Et særpreg ved nemndas avgjørelser, er at de sjeldent bygger på en overbevisende tolkning av primære rettskilder, men heller er uttrykk for hvorledes lovbestemmelsene må forstås etter nemndas eget syn. På enkelte områder er nemndas praksis heller ikke konsekvent og gir dermed ikke uttrykk for en etablert praksis.

Ved drøftelsen av avhandlingens problemstillinger vil derfor Tvisteløsningsnemndas avgjørelser først og fremst benyttes for å belyse nemndas egne oppfatninger av hvordan lovbestemmelsene skal tolkes.²¹ I tilfeller hvor nemndspraksis bygger på en overbevisende tolkning av primære rettskilder og gir uttrykk for en etablert praksis, vil nemndspraksis få selvstendig betydning som rettskildefaktor.²²

I juridisk litteratur er forfatternes redegjørelser stort sett konsentrert til en gjennomgang av kjernen i vilkårene i aml. §§ 14-3 og 14-4 a. De ytre grensene for bestemmelsenes anvendelsesområde, blir i teorien behandlet gjennom en sammenfatning og oppramsing av Tvisteløsningsnemndas praksis. Sammenstillinger fra juridisk teori, gir derfor lite veiledning for hvorvidt Tvisteløsningsnemnda har foretatt korrekt lovtolkning.

²⁰ Aml. §§ 17-2 b og 17-2 c.

²¹ Jens Edvin A. Skoghøy, *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, 2018, s. 233-234.

²² Skoghøy, (2018), s. 234. Se også HR-2016-867-A, premiss 91 og 92.

Deltidsansattes rettigheter i aml. §§ 14-3 og 14-4 a, er i stor grad hensynsbaserte regler, som skal ivareta deltidsansattes stillingsvern. Reelle hensyn er derfor en viktig rettskilde ved tolkningen av regelverket. Det viktigste hensynet i så henseende er vernet av arbeidstaker. Arbeidsmiljøloven er en beskyttelseslov. I tilfeller hvor lovteksten byr på tolkningstvil, tilsier derfor vernehensyn generelt at loven skal tolkes i favør av arbeidstaker.²³

Hva gjelder spørsmålet om rammene for Tvisteløsningsnemndas kompetanse er det også få rettskilder som gir konkrete bidrag til forståelsen av aml. § 17-2. Rammene for nemndas kompetanse er behandlet i én kjennelse inntatt i HR-2019-2104-U. Kjennelsen behandler nærliggende spørsmål som avhandlingen reiser og får dermed betydning for fastleggelsen av nemndas kompetanse. Arbeids- og sosialdepartementet har avgitt en tolkningsuttalelse knyttet til rammene for nemndas kompetanse i relasjon til aml. § 14-4 a som gir veiledning for spørsmålet. Slike uttalelser er imidlertid sekundære rettskilder, og kan ikke tillegges avgjørende vekt.

1.5 Fremstilling

Hvert kapittel i den videre fremstillingen tar for seg sentrale spørsmål som har betydning for hovedproblemstillingene som avhandlingen reiser. I *kapittel 2* vil jeg redegjøre for Tvisteløsningsnemndas virksomhet og generelle rammer for nemndas kompetanse til å avgjøre tvist. *Kapittel 3* omhandler de rettslige utgangspunktene ved inngåelse av arbeidsavtale og ansettelse, herunder arbeidsgivers styringsrett.

Den videre fremstillingen er strukturert slik at jeg vil drøfte de to hovedproblemstillingene separat for hver enkelt lovbestemmelse. I *kapittel 4* vil problemstillingen om *Tvisteløsningsnemndas avgjørelser av tvist etter aml. § 14-3 er i tråd med gjeldende rett* drøftes. For å kunne analysere dette, er det nødvendig å først drøfte hva som er gjeldende rett etter aml. § 14-3, for deretter å sammenligne gjeldende rett med Tvisteløsningsnemndas praksis. I *kapittel 5* vil problemstillingen *hvilke tvister ligger innenfor rammen av Tvisteløsningsnemndas lovbestemte kompetanse å avgjøre* i relasjon til aml. § 14-3 drøftes.

Kapittel 6 vil følge samme fremgangsmåte som kapittel 4. Problemstillingen er hvorvidt *Tvisteløsningsnemndas avgjørelser av tvist etter aml. § 14-4 a er i tråd med gjeldende rett*.

²³Nils H. Storeng, *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utg., Universitetsforlaget 2020 s. 31

Tolkningen av vilkåret «arbeid utover avtalt arbeidstid» byr på flere utfordringer og vil derfor vies stor plass. *Kapittel 7* tar for seg problemstillingen *hvilke tvister ligger innenfor rammen av Tvisteløsningsnemndas lovbestemte kompetanse å avgjøre* i relasjon til aml. § 14-4 a.

I *kapittel 8* vil det drøftes hvorvidt tvist etter aml. §§ 14-3 og 14-4 a er hensiktsmessig å behandle i Tvisteløsningsnemnda, basert på de funnene som er gjort i kapittel 4-7.

Avhandlingen vil på dette punkt skifte perspektiv fra de lege lata til de lege ferenda.

2 Tvisteløsningsnemnda som organ

2.1 Bakgrunn, formål og sammensetning

Tvisteløsningsnemnda ble opprettet i forbindelse med vedtakelsen av den nye arbeidsmiljøloven.²⁴ Nemnda har kompetanse til å avgjøre enkelte typer arbeidsrettslige tvister i medhold av aml. § 17-2. Aml. § 17-2 lyder i dag som følger;

«(1) Tvist som nevnt i §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a kan bringes inn for en tvisteløsningsnemnd for avgjørelse.

(2) Tvist kan ikke bringes inn for domstolene før den har vært prøvet for nemnda og avgjørelse fra nemnda foreligger. Ved domstolsprøving av tvisten skal den konklusjon nemnda har kommet til stå ved lag mens saken er til behandling ved domstolene. Dersom dette vil virke urimelig, kan retten etter krav fra en av partene fastsette en annen midlertidig ordning.

3) Fristen for å bringe tvisten inn for domstolene er åtte uker fra det tidspunktet parten ble underrettet om nemndas avgjørelse.

(4) Reises det ikke søksmål innen fristen, har vedtaket virkning som en rettskraftig dom, og det kan fullbyrdes etter reglene som gjelder for dommer. Nemnda kan gi oppfriskning for oversittelse av fristen etter reglene i tvisteloven1 §§ 16-12 til 16-14. Et vedtak om oppfriskning kan bringes inn for tingretten.

²⁴ Nemndene.no, <https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/>, (lest 14. des. 2020).

5) *Departementet kan gi forskrift om oppnevning av nemndas medlemmer og om nemndas sammensetning og saksbehandling»*

Formålet med Tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven, er at nemnda skal gi grunnlag for en effektiv, gratis og mer spesialisert behandling av visse typer konflikter i arbeidslivet, sammenlignet med domstolsbehandling og tradisjonell forvaltningsrettslig håndhevelse.²⁵ Tvist som karakteriseres ved at søksmålsterskelen er spesielt høy eller tidsaspektet er særlig fremtredende, egner seg derfor godt for behandling i en tvisteløsningsnemnd.²⁶

Tvisteløsningsnemnda er per definisjon et forvaltningsorgan.²⁷ Det påpekes i forarbeidene til aml. § 17-2, at nemnda likevel ikke er et forvaltningsorgan «i tradisjonell forstand».²⁸ Evju tar til orde for at nemnda på denne måten er et uavhengig forvaltningsorgan og at forarbeidene implisitt må tolkes slik at nemnda ikke kan instrueres i enkeltsaker.²⁹ Det generelle synspunktet på tvisteløsningsnemnder er at de er «nokså selvstendige i sin faglige virksomhet, og at de er organisert utenfor det ordinære forvaltningshierarkiet».³⁰ Organiseringen som uavhengig forvaltningsorgan skal sørge for at Tvisteløsningsnemnda får tilstrekkelig tyngde og tillit som tvisteløsningsinstans.

Rammene for nemndas sammensetning og organisering er hjemlet i forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven av 16. desember 2005 (Forskrift om tvisteløsningsnemnd etter aml.).³¹ Det fremgår av forskriftens § 2 at hver enkelt sak skal ledes av nemndas leder eller nestleder, sammen med ett fast medlem fra arbeidsgiversiden og ett fast medlem fra arbeidstakersiden. Alle nemndas faste medlemmer har særlig kompetanse innenfor arbeidslivet, relevant regelverk og arbeider til vanlig for arbeidstaker- eller arbeidsgiverorganisasjonene.³² Slik sett er Tvisteløsningsnemnda en partssammensatt tvistenemnd. En partssammensatt tvisteløsningsnemnd gir partene innflytelse og eierforhold til de temaer som ligger innenfor nemndas kompetanse å avgjøre. Dette sikrer at slike tvister

²⁵ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 289-290.

²⁶ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 290.

²⁷ Prop.80 L (2016–2017), s. 18.

²⁸ Ot.prp.nr. 49 (2004-2005), s. 290, og NOU 2004: 5, Arbeidslivslovutvalget, Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst, s. 468.

²⁹ Evju, Stein, «Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon», *Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 1*, (2005) s. 175-25, s. 193.

³⁰ NOU 2020: 11, s. 68.

³¹ Aml. § 17-2 femte ledd.

³² Forskrift om tvisteløsningsnemnd § 1 andre og tredje ledd.

får en «ett-trinns behandling».³³ Med begrepet «ett-trinns behandling» siktes det til en målsetning om at tvister skal få sin «endelige løsning» i nemda, slik at saken fortrinnsvis ikke blir brakt inn til domstolene for avgjørelse.³⁴

2.2 Nærmere om Tvisteløsningsnemndas kompetanse

Som det fremgår av aml. § 17-2 første ledd er Tvisteløsningsnemndas kompetanse *positivt angitt og avgrenset* til å avgjøre «tvist» etter §§ 8-3, 10-13, 12-14, 14-3 og 14-4 a.

Arbeidstaker eller arbeidsgiver kan dermed bringe en sak inn for nemnda, dersom arbeidstaker er misfornøyd med den avgjørelse arbeidsgiver har tatt. Frist for å bringe inn sak for Tvisteløsningsnemnda er 4 uker etter at arbeidsgiver avslo kravet jf. aml. § 17-2 a første ledd. Et minimumskrav for at nemnda skal behandle saken, må derfor være at arbeidsgiver rent faktisk har avslått et krav fra arbeidstaker basert på overnevnte bestemmelser.³⁵

Nemnda skal avgjøre «tvist». Den positivt avgrensede kompetansen setter således rammene for nemndas virkeområde. Partene må ha en rettslig interesse i at saken blir avgjort for at Tvisteløsningsnemnda skal avgjøre tvisten.³⁶ Aktualitetskravet er et generelt vilkår for klage og domstolsbehandling.³⁷ Uten rettslig interesse, vil Tvisteløsningsnemnda avvise saken.³⁸ Behandling i Tvisteløsningsnemnda trer i stedet for forlikrådsbehandling jf. aml. § 17-1 tredje ledd. Nemndsbehandling er en tvungen tvisteløsningsordning jf. aml. § 17-2 annet ledd. Behandling i nemnda er således et vilkår for at saken skal kunne reises ved domstolene. Et slikt system bidrar til å oppfylle formålet med nemndsordningen om at tvistene skal få sin endelige løsning i nemnda.³⁹

Ettersom at nemnda er et forvaltningsorgan, gjelder saksbehandlingsreglene i forvaltningsloven, likevel slik at reglene om klage i kapittel VI ikke kommer til anvendelse.⁴⁰ Det eksisterer derfor ingen administrativ klageadgang over nemndas vedtak. Ved en eventuell etterfølgende domstolsbehandling, foretar domstolen en ny materiell prøving av tvisten og

³³ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 290-291.

³⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 290-291.

³⁵ Atle Sønsteli Johansen og Einar Stueland, *Arbeidsmiljøloven; Kommentarer og praksis*, 2. utg., Gyldendal 2015, s. 1106.

³⁶ Forskrift om Tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 5 annet ledd.

³⁷ Lov 10. februar 1967 om behandlingsmåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.) § 28 og lov 17. juni 2005 nr. 90 om meklings og rettergang i sivile saker (tvisteloven – tvl.) § 1-3.

³⁸ Som eksempel vises det til TLN-2020-99 og TLN-2020-50.

³⁹ Se avhandlingens pkt. 2.1.

⁴⁰ Forskrift om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven § 6.

ikke vedtaket fra Tvisteløsningsnemnda.⁴¹ Dette skiller seg fra overprøving av forvaltningsvedtak, hvor domstolen normalt overprøver gyldigheten av selve vedtaket.⁴²

3 Begrensninger i arbeidsgivers frie valg ved ansettelse

Før de to regelsettene skal drøftes nærmere, er det hensiktsmessig å redegjøre for de rettslige utgangspunkter som gjelder ved ansettelse og utvidelse av stillinger. Det er også nærliggende å redegjøre for forholdet mellom de rettslige utgangspunktene og de alminnelige begrensninger som følger av lov.

Ett rettslig utgangspunkt er *arbeidsgivers styringsrett*. Det er alminnelig akseptert at arbeidsgiver har styringsrett i Norge. Dette er blant annet slått fast i rettspraksis, hvor Høyesterett har lagt til grunn at arbeidsgivers styringsrett, er en rett til «å organisere, lede og fordele arbeidet, og til å ansette og si opp arbeidstakere (...)».⁴³ Formuleringen er fulgt opp av Høyesterett i en rekke senere saker.⁴⁴ Den individuelle arbeidsavtalen, lov, tariffavtale og alminnelige saklighetsnormer setter imidlertid skranker for styringsretten. Arbeidsgivers styringsrett er dermed ikke absolutt. Styringsrettens rekkevidde avhenger av arbeidsforholdets øvrige rettslige rammer.⁴⁵ De sidene av arbeidsforholdet som *ikke* reguleres av lov, tariffavtale og arbeidsavtale er i utgangspunktet opp til arbeidsgiver å beslutte.⁴⁶

Beslutninger som gjelder ansettelser og endringer i arbeidsforholdet tilligger arbeidsgiver, som ledd i arbeidsgivers styringsrett.⁴⁷ At slike beslutninger skal tas av arbeidsgiver er naturlig. I en virksomhet er det nettopp arbeidsgiver som er best egnet til å vurdere hvilke

⁴¹ Jf. ordlyden «tvist» i aml. § 17-2 andre ledd, første setning.

⁴² Se eksempelvis Rt. 2001 s. 995 på s. 1000.

⁴³ Rt. 2000 s. 1602 (Nøkk-dommen).

⁴⁴ Rt. 2001 s. 418 (kråstrø).

⁴⁵ Storeng, (2020), s. 40.

⁴⁶ Forholdet mellom arbeidsgivers styringsrett, lovbestemmelser, den individuelle arbeidsavtalen, samt tariffavtaler er mye omdiskutert i teorien og vil ikke behandles nærmere innenfor rammen av denne oppgaven. For denne avhandlingen er det vesentlige at arbeidsgivers styringsrett er begrenset, slik at styringsretten gjerne omtales som en «restkompetanse» jf. Storeng, (2020), s. 41.

⁴⁷ Jan Fougner, *Norsk arbeidsrett. Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, Universitetsforlaget 2019., s. 104 flg.

arbeidstakere som kan bidra til å nå virksomhetens målsetting og hvordan arbeidet skal struktureres slik at målsettingen nås på best mulig måte.⁴⁸

Et *annet* rettslig utgangspunkt er prinsippet om avtalefrihet. Avtalefriheten på arbeidsrettens område er likevel snevrere enn ellers. Dette fordi det er behov for å verne om arbeidstaker i et kontraktsforhold hvor partene har ulike forhandlingsstyrker og at det offentlige har en særlig interesse i å sysselsette arbeidstakere.⁴⁹ Arbeidsavtalen er en alminnelig kontrakt og følger derfor avtalelovens regler om inngåelse av avtaler, endringer, avtaletolkning mv.

Arbeidsgivers styringsrett begrenses i første rekke av arbeidsavtalen. De beslutninger som arbeidsgiver ensidig kan beslutte i kraft av styringsretten, beror derfor på en nærmere tolkning av arbeidsavtalens innhold.

Et *tredje* rettslig utgangspunkt er arbeidsmiljølovgivningen. Arbeidsmiljøloven inneholder flere begrensninger i arbeidsgivers styringsrett. Arbeidsmiljølovens regler kan ikke fravikes til ugunst for arbeidstaker jf. aml. § 1-2. Arbeidsgivers styringsrett begrenses blant annet gjennom kvalifikasjonsprinsippet ved offentlig ansettelse⁵⁰ og forbudet mot diskriminering i aml. kapittel 13. Loven oppstiller videre krav til arbeidsavtalens innhold, blant annet at arbeidsavtalen skal inngås skriftlig jf. aml. § 14-5. Aml. § 14-6 oppstiller også minimumskrav til hva en arbeidsavtale innholdsmessig skal gi uttrykk for.

Aml. §§ 14-3 og 14-4 a regulerer også begrensninger i styringsretten. Tvisteløsningsnemndas kompetanse er dermed knyttet til endringer i arbeidsavtalen, når partene ikke kommer til enighet seg imellom.

⁴⁸ Fougner, (2019), s. 106.

⁴⁹ Stein Evju, *Utviklingstrekk i den individuelle arbeidsavtalen*, 2012, <https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/omrader/arbeidsrett/publikasjoner/arbeidsnotater/2012-4.pdf> s. 10 og 13.

⁵⁰ Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (Statsansatteloven) § 3.

4 Er Tvisteløsningsnemndas lovtolkning av aml. § 14-3 i tråd med gjeldende rett?

4.1 Oversikt

En *deltidsansatt* som ønsker utvidet stillingsstørrelse, kan gjennom avtale med arbeidsgiver bli enige om å utvide stillingsprosenten. Dersom partene ikke kommer til enighet, regulerer aml. § 14-3 likevel en mulighet for deltidsansatte til å få utvidet sin stillingsprosent. Anvendelse av aml. § 14-3 forutsetter imidlertid at det foreligger en ledig stilling i arbeidsgivers virksomhet.⁵¹ Arbeidsgiver står derfor ikke fritt ved beslutninger om ansettelse og endringer i arbeidsforhold.

Dersom arbeidstaker fremmer krav om fortrinnsrett etter aml. § 14-3, regulerer aml. § 14-3 fjerde ledd hvorledes arbeidsgiver skal prioritere mellom ulike grunnlag som arbeidstakerne krever fortrinnsrett på, forutsatt at flere arbeidstakere krever fortrinnsrett på ulike rettslige grunnlag.

Den særlige problemstillingen som aktualiseres her, er hvorvidt aml. § 14-3 ikke bare regulerer konflikten mellom ulike grunnlag for å utøve fortrinnsrett, men også fastsetter regler for den interne prioriteringen mellom flere fortrinnsberettigede deltidsansatte. Situasjonen kan illustreres slik; I en og samme virksomhet er det flere deltidsansatte som ønsker å utøve fortrinnsrett og som oppfyller lovens vilkår for slik utøvelse etter aml. § 14-3 første og annet ledd. Samtidig er det bare én ledig stilling som er lyst ut. I en slik situasjon, må arbeidsgiver foreta et valg mellom de fortrinnsberettigede deltidsansatte. Spørsmålet arbeidsgiver må ta stilling til er hvem som har krav på å utøve fortrinnsrett. Tvisteløsningsnemnda har i sine avgjørelser lagt til grunn at aml. § 14-3 ikke inneholder noen retningslinjer for hvorledes arbeidsgiver skal foreta valget mellom flere fortrinnsberettigede deltidsansatte.⁵²

Den overordnede problemstillingen som skal drøftes i det følgende er *hvorvidt Tvisteløsningsnemndas lovtolkning av aml. § 14-3 er i tråd med gjeldende rett*. Vilkår som ikke synes problematiske, vil helt kort drøftes under pkt. 4.2. Hvorvidt aml. § 14-3 fastsetter

⁵¹ Se avhandlingens pkt. 4.2.2.

⁵² Se eksempelvis TLN-2020-26.

regler for arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede synes tvilsomt og vies derfor stor plass. Vilkåret drøftes særskilt under pkt. 4.3.

4.2 Utøvelse av fortrinnsrett

4.2.1 Hvem gjelder fortrinnsretten for?

Ordlyden «deltidsansatte» i aml. § 14-3 første ledd tilsier for det *første* at bestemmelsen kan gjøres gjeldende av alle arbeidstakere i virksomheten som er ansatt i en redusert stilling.

Forutsatt at en fulltidsstilling tilsvarer 100 prosent, vil en deltidsansatt derfor ha en stillingsprosent som er mindre enn dette.

For det *andre* tilsier ordlyden «deltidsansatte» implisitt at bestemmelsen kan anvendes for både faste og midlertidige ansatte. Forarbeidene legger til grunn at bestemmelsen kun gjelder «fast deltidsansatt».⁵³ Spørsmålet er ikke behandlet i rettspraksis. Etter en tolkning av forarbeidene, legger Tvisteløsningsnemnda til grunn at bestemmelsen kun gjelder for deltidsansatte i fast stilling.⁵⁴ Det forutsettes derfor for den videre drøftelse at bestemmelsen bare kommer til anvendelse for deltidsansatte som er ansatt i faste stillinger.

4.2.2 Når aktualiseres fortrinnsretten?

Etter sin ordlyd bestemmer aml. § 14-3 første ledd at fortrinnsretten gjelder «fremfor at arbeidsgiver foretar ny ansettelse». Bestemmelsen aktualiseres derfor først ved en utlysning av ledig stilling. Forarbeidene gir anvisning på at fortrinnsretten ikke bare gjelder for hel- og deltidsstillinger, men også midlertidige stillinger og vikariater.⁵⁵

Ordlyden i aml. § 14-3 første ledd første setning sammenholdt med første ledd andre setning, gir anvisning på at bestemmelsen gjelder fortrinnsrett til fortrensel for hele eller deler av den utlyste stillingen. Fortrinnsretten kan likevel bare anvendes for å oppnå fulltidsstilling, slik at arbeidstaker ikke kan kreve en stillingsstørrelse på over 100%.⁵⁶ Forarbeidene gjør det dermed klart at maksimal stillingsstørrelse som kan oppnås er fulltidsstilling.

⁵³ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 227.

⁵⁴ Se eksempelvis TLN-2019-66.

⁵⁵ Se Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 330, hvor det uttrykkes at «En deltidsansatt som gjør fortrinnsrett gjeldende må ta hele den utlyste/ledige stillingen». Lovgiver har dermed ikke avgrenset bestemmelsen mot noen spesifikke stillingstyper.

⁵⁶ Prop.57 L (2017-2018), s. 13.

Ordlyden tilsier videre at bestemmelsen kun kommer til anvendelse, dersom arbeidsgiver utvider arbeidsstaben med en *ny ansettelse* i virksomheten. Etter ordlyden vil dermed aml. § 14-3 ikke kunne anvendes til fortrenghet for interne søkere i heltidsstillinger.

Tvisteløsningsnemnda har lagt til grunn at bestemmelsen også gjelder til fortrenghet for interne søkere i heltidsstillinger, såfremt stillingen er lyst ut eksternt og ikke anses som en ren omplassering.⁵⁷ Begrunnelsen for dette er at bestemmelsens anvendelsesområde innskrenkes vesentlig dersom ikke også fortrinnsrett skal kunne gjøres gjeldende overfor interne heltidsansatte søkere.⁵⁸ En slik lovforståelse har vært fast praksis i nemnda siden 2007 og synes å ha gode grunner for seg.⁵⁹

Johansen og Stueland uttrykker at bestemmelsen bare gjelder «i tilfeller hvor det er aktuelt å etablere et nytt ansettelsesforhold».⁶⁰ På denne bakgrunn skiller forfatterne, på lik linje som Tvisteløsningsnemnda, mellom rene omplasseringer og nye ansettelser av interne søkere hvor stillingen faktisk er utlyst eksternt.

Både nemndspraksis og juridisk teori har lav rettskildevekt. Samlet taler rettskildene for at bestemmelsen også gjelder til fortrenghet for interne søkere i heltidsstillinger, såfremt stillingen er lyst ut eksternt og ikke anses som en ren omplassering. Argumentene har gode grunner for seg, sett ordlyden i lys av at bestemmelsen skal verne om deltidsansatte. På denne bakgrunn legges en slik forståelse av lovbestemmelsen til grunn for den videre drøftelse.

4.2.3 Er utøvelse av fortrinnsrett en absolutt rett?

Ordlyden i aml. § 14-3 andre ledd angir to krav for utøvelse av fortrinnsrett. For det *første* forutsetter utøvelse av fortrinnsrett at arbeidstaker må være «kvalifisert for stillingen». For det *andre* må utøvelse ikke innebære en «vesentlig ulempe» for arbeidsgiver.

En naturlig språklig forståelse av uttrykket «kvalifisert», sikter til at arbeidstaker må besitte den kompetansen som kreves for at arbeidstaker skal kunne utføre arbeidsoppgavene på en måte som tilfredsstillende arbeidsgivers behov for arbeidskraft i den spesifikke stillingen.

Kvalifikasjonskravet skal forstås på samme måte som tilsvarende krav i aml. § 14-2 første

⁵⁷ Se eksempelvis TLN-2020-86.

⁵⁸ Se eksempelvis TLN-2018-16 og TLN-2020-86.

⁵⁹ TLN-2007-20.

⁶⁰ Johansen og Stueland, (2015), s. 585.

ledd.⁶¹ Kvalifikasjonskravet i § 14-2 første ledd innebærer at både faglige og personlige forutsetninger kan vektlegges i vurderingen.⁶² Kvalifikasjonskravet avgrenses opp mot stillinger som omfatter «om lag de samme arbeidsoppgavene».⁶³ Mindre forskjeller bør aksepteres, men avstanden mellom opprinnelige arbeidsoppgaver og nye arbeidsoppgaver kan ikke være for stor.

Begrepet «ulempe» sikter til at det ikke må foreligge forhold som gjør det vanskelig for arbeidsgiver å tilpasse virksomheten til arbeidstakers krav om utvidet stilling. Ulempen må være «vesentlig», hvilket innebærer at ulempen må være betydningsfull for arbeidsgiver. En vesentlig ulempe for bedriften, kan eksempelvis være dersom bedriften må ansette flere arbeidstakere for å unngå å komme i konflikt med lovens bestemmelser om ukentlig hvile.⁶⁴ I følge forarbeidene kan vesentlig ulempe også foreligge når arbeidstaker krever del av utlyst stilling, fordi arbeidsgiver blir sittende igjen med en reststilling det kan være vanskelig å rekruttere kvalifiserte søkere til.⁶⁵ I slike tilfeller stilles det ikke høye krav til arbeidsgivers konkretisering av negative virkninger.⁶⁶

Oppsummert tilsier ordlyden og forarbeidene at utøvelse av fortrinnsrett ikke er en absolutt rett, men begrenses av to vilkår, nemlig at arbeidstaker må være kvalifisert for stillingen og at utøvelsen ikke medfører en vesentlig ulempe for arbeidsgiver.

4.2.4 Drøfting og prioriteringsrekkefølge

Aml. § 14-3 tredje ledd stadfester at arbeidsgiver skal drøfte problemstillingen med den ansatte, dersom vedkommende ikke er kvalifisert for stillingen eller fortrinnsretten ikke kan utøves uten vesentlig ulempe for virksomheten.⁶⁷ Drøftelsesplikten gjelder imidlertid bare «så langt det er praktisk mulig», og forutsatt at arbeidstaker ønsker slik drøftelse.⁶⁸ Forbeholdet

⁶¹ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 330.

⁶² Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) s. 329.

⁶³ Innst. O. nr. 100 (2004-2005), s. 44. Se eksempelvis TLN-2020-152, som gir uttrykk for nemndas etablerte praksis.

⁶⁴ Ot.prp. nr. 49 (2004-2005), s. 330.

⁶⁵ Prop. 57 L (2017-2018), s. 42.

⁶⁶ Se eksempelvis TLN-2020-163, hvor nemnda legger forståelsen i forarbeidene til grunn og viser til fast praksis.

⁶⁷ Prop.83 L (2012-2013), s. 85.

⁶⁸ Prop.83 L (2012-2013), s. 85.

«så langt det er praktisk mulig» skal tolkes strengt, og knytter seg først og fremst til forhold på arbeidstakers side.⁶⁹

Aml. § 14-3 fjerde ledd gir uttrykk for en prioritetsregel mellom ulike grunnlag for fortrinnsrett. Etter bestemmelsens ordlyd, har fortrinnsrett for ny ansettelse etter aml. § 14-2, prioritet foran fortrinnsberettigede deltidsansatte, med unntak av fortrinnsretten som følger av aml. § 14-2 annet ledd første setning.⁷⁰ Av ordlyden kan det utledes at bestemmelsen stiller krav til arbeidsgivers saksbehandling i prosessen om utøvelse av fortrinnsrett.

4.3 Er Tvisteløsningsnemndas vurdering av arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede deltidsansatte i tråd med gjeldende rett?

Tvisteløsningsnemnda har i sine avgjørelser lagt til grunn at arbeidsgiver står fritt ved prioriteringen mellom deltidsansatte. Spørsmålet er om aml. § 14-3 fastsetter kriterier for arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede deltidsansatte. Den videre drøftelse forutsetter at vilkårene for å gjøre krav på fortrinnsrett etter aml. § 14-3 første og annet ledd er oppfylt.

Ordlyden i aml. § 14-3 gir ingen anvisning på hvorledes arbeidsgiver skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede deltidsansatte.⁷¹ Utgangspunktet er derfor at aml. § 14-3 ikke fastsetter regler for arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede deltidsansatte. Spørsmålet er om andre rettskilder kan tale for at det må innfortolkes en regel i lovens ordlyd, om arbeidsgivers valg mellom de fortrinnsberettigede deltidsansatte.

Problemstillingen berøres i bestemmelsens forarbeider. Mindretallet i Arbeidslivslovutvalget, foreslo at aml. § 14-3 skulle inneholde retningslinjer for arbeidsgivers prioritering mellom de deltidsansatte. Bestemmelsen ble foreslått som følger; «dersom flere deltidsansatte har fortrinnsrett skal arbeidsgivers valg mellom disse være saklig begrunnet».⁷² Mindretallet mente at det ikke ville være like naturlig å følge kriteriene for oppsigelse her, som ved

⁶⁹ Prop.83 L (2012-2013), s. 85.

⁷⁰ Se avhandlingens pkt. 4.3 for nærmere redegjørelse av innholdet i fortrinnsrettsbestemmelsen i aml. § 14-2.

⁷¹ Se avhandlingens pkt. 4.2.4, bestemmelsen regulerer kun prioriteringen mellom fortrinnsrett på grunnlag av aml. § 14-3 første ledd og andre rettslige grunnlag for fortrinnsrett.

⁷² NOU 2004: 5, s. 343.

fortrinnsrett etter aml. § 14-2 (sjette ledd).⁷³ Mindretallets forslag ble ikke fulgt opp av departementet.

For å få en nærmere forståelse av mindretallets vurderinger, må bestemmelsen om fortrinnsrett etter aml. § 14-2 og hjemmel for oppsigelse etter aml. § 15-7 belyses. Aml. § 14-2 hjemler fortrinnsrett til ledig stilling fremfor nyansettelse, for arbeidstaker som har blitt sagt opp på grunn av virksomhetens forhold. Bestemmelsen gjelder både for faste og midlertidige ansatte jf. aml. § 14-2 første og annet ledd. Prioriteringsrekkefølgen mellom de fortrinnsberettigede følger de samme kriteriene som gjelder ved oppsigelse etter aml. § 15-7 jf. aml. § 14-2 sjette ledd. Krav til saklig begrunnelse for oppsigelse etter aml. § 15-7 innebærer at utvelgelsen av hvem som skal sies opp skal foretas ut fra ansiennitet og kvalifikasjoner. Når arbeidstaker er sagt opp på grunn av virksomhetens forhold, vil det derfor ved utøvelse av fortrinnsrett etter aml. § 14-2, være naturlig å se hen til de samme kriteriene som gjaldt da arbeidstaker først ble sagt opp.

Fortrinnsrett etter aml. § 14-3 skiller seg fra den alminnelige fortrinnsrettsregelen i aml. § 14-2, ved at det ikke foreligger noen forutgående oppsigelse som begrunner at arbeidstaker skal kompenseres med fortrinnsrett til nye ledige stillinger i virksomheten. Det vil derfor heller ikke være naturlig å følge samme kriterier for saksbehandlingen i aml. § 15-7. Forslaget til mindretallet i Arbeidslivslovutvalget har derfor gode grunner for seg.

I Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) er problemstillingen ikke drøftet. Dette kan tyde på at lovgiver har tatt et bevisst valg ved å ikke regulere spørsmålet nærmere. På den annen side kan det stilles spørsmålsteget ved om problemstillingen er glemt, ettersom det ikke ble foretatt noen konkret drøftelse av spørsmålet i departementets lovforslag. Forarbeidene gir derfor liten veiledning her.

I mangel av rettspraksis som belyser forståelsen av aml. § 14-3, vil Høyesterettspraksis i tilknytning til regelen om fortrinnsrett etter aml. § 14-2 kunne anvendes analogisk ved tolkningen av aml § 14-3.

Før kriteriene for utvelgelse i aml. § 14-2 ble lovfestet i 1995, ble det i Rt. 1992 s. 1039 (X-Trelast AS) reist søksmål der tvistetema var om arbeidsgiver var forpliktet til å følge fastsatte

⁷³ NOU 2004: 5, s. 343.

kriterier ved utvelgelsen. Spørsmålet for Høyesterett, var om prioriteringen mellom arbeidstakere som var oppsagt på grunn av virksomhetens forhold, skulle følge den samme prioriteringsrekkefølgen som gjaldt ved oppsigelse etter dagjeldende bestemmelse i aml. § 60 nr. 2. Bestemmelsen tilsvarende nåværende aml. § 15-7.

Førstvoterende innledet vurderingen med en konkretisering av utfordringene som en slik problemstilling reiste. Det ble blant annet pekt på; «vanskelige og vidtrekkende lovgivningspolitiske spørsmål i skjæringspunktet mellom arbeidstakernes interesser, bedriftenes interesser og brede samfunnsmessige hensyn».⁷⁴ Førstvoterende bemerket at det måtte kreves holdepunkter i loven, dersom domstolen skulle pålegge arbeidsgiver en ytterligere plikt til å følge en saklighetsnorm i valget mellom flere fortrinnsberettigede.⁷⁵ Høyesterett fant hverken holdepunkter for en slik tolkning i lovens ordlyd eller forarbeider. Retten vurderte derfor at arbeidsgiver sto fritt til selv å velge hvem av de fortrinnsberettigede som skulle få stillingen. Dette til tross for at systembetragtninger kunne tale for at en hensiktsmessig løsning ville vært å følge kriteriene som gjaldt ved oppsigelse etter aml. § 60 nr. 2.

Dommen kan tas til inntekt for at slik betydelig inngripen i arbeidsgivers styringsrett, med krav til hvorledes arbeidsgiver skal prioritere mellom fortrinnsberettigede, ikke kan begrunnes ut fra etablert praksis eller reelle hensyn, men må fremkomme av loven. Uten at Høyesterett påpekte dette eksplisitt, berører dette også legalitetsprinsippet, ettersom en slik regel griper inn i arbeidsgivers beslutningsmyndighet og pålegger en plikt. Som Høyesterett også påpekte var det tale om vanskelige og vidtrekkende *lovgivningspolitiske* spørsmål domstolen sto ovenfor. Selv om Høyesterett som sisteinstans domstol også har som oppgave å utvikle rettstilstanden, må det være lovgivers oppgave å eventuelt implementere et slikt krav i loven.

Som drøftelsen ovenfor viser, kan det verken av ordlyden i aml. § 14-3 eller bestemmelsens forarbeider, utledes et krav om at arbeidsgiver må følge bestemte kriterier i utvelgelsesprosessen. Også ved avgjørelsen av spørsmålet etter aml. § 14-3 står arbeidsgivers- og arbeidstakers interesser mot hverandre. Dommen taler for at det kreves en uttrykkelig lovgivervilje for å kunne innfortolke et slikt krav til arbeidsgiver i lovteksten.

⁷⁴ Rt. 1992 s. 1039, s. 1044.

⁷⁵ Rt. 1992 s. 1039, s. 1044.

Rettskildene som er gjennomgått hittil, tilsier at aml. § 14-3 ikke fastsetter kriterier for arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede. Dermed står arbeidsgiver i utgangspunktet fritt til å prioritere mellom de fortrinnsberettigede deltidsansatte.

Twisteløsningsnemnda har vurdert spørsmålet om utvelgelseskriterier ved flere anledninger. Praksis fra nemnda vil belyse nemndas egen rettsopfatning.

I sak TLN-2020-26 var spørsmålet for nemnda hvorvidt ansettelsen av en intern ansatt søker, var i strid med arbeidstakers fortrinnsrett. Saken omhandlet en miljøarbeider (A) i 75% stilling ved et bofellesskap (B). Hovedspørsmålet i saken var hvorvidt A oppfylte vilkårene for fortrinnsrett etter aml. § 14-3. Nemnda besvarte spørsmålet bekreftende. Videre var spørsmålet hvorvidt fortrinnsretten til arbeidstaker (C) som ble ansatt i stillingen i stedet for A, var i strid med As fortrinnsrett. Utøvelse av fortrinnsretten til C var etter nemndas syn ikke i strid med A sin fortrinnsrett fordi C hadde fremmet fortrinnsrettskrav etter samme bestemmelse som A (aml. § 14-3). I forlengelsen av denne vurderingen uttalte nemnda at

«(...) Bestemmelsen gir ingen veiledning om hvordan man skal prioritere mellom flere fortrinnsberettigede. Det må derfor i utgangspunktet tilligge arbeidsgiver å foreta denne prioriteringen. Slik saken er opplyst foreligger det etter nemndas syn ikke grunnlag for å overprøve arbeidsgivers vurderinger i valget mellom de fortrinnsberettigede.»⁷⁶

Sitatet viser at nemnda tolker aml. § 14-3 slik at den ikke hjemler noen utvelgelseskriterier.⁷⁷ Nemndas vurdering er noe uklar. Lovteksten regulerer prioriteringen mellom fortrinnsrett på ulike rettslige grunnlag, men ikke prioriteringen mellom flere deltidsansatte som krever fortrinnsrett etter samme lovhjemmel etter aml. § 14-3. Ut fra sammenhengen kan nemndas avgjørelse forstås dit hen at arbeidsgiver står fritt til å prioritere mellom flere fortrinnsberettigede deltidsansatte.

Nemnda viser til at lovens ordlyd er taus, og trekker den slutning at arbeidsgiver står fritt i valget mellom de fortrinnsberettigede deltidsansatte. Begrunnelsen for nemndas standpunkt er

⁷⁶ TLN-2020-26, s. 3

⁷⁷ Se også TLN-2020-66, TLN-2020-78 og TLN-2020-79 hvor nemnda benytter samme fremgangsmåte.

ikke nærmere presisert. Likevel trekker nemndas praksis i samme retning som det øvrige rettskildebildet.

Oppsummert taler det samlede rettskildebildet for at aml. § 14-3 ikke fastsetter kriterier for arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede.

Aml. § 14-3 fastsetter altså ikke kriterier for arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede deltidsansatte. Tvisteløsningsnemnda har i sine avgjørelser tolket aml. § 14-3 i tråd med dette. Konklusjonen er at Tvisteløsningsnemndas vurdering av arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede er i tråd med gjeldende rett.

4.4 Konklusjon og oppsummering

Konklusjonen på kapittelets hovedproblemstilling er at Tvisteløsningsnemndas lovtolkning av aml. § 14-3 er i tråd med gjeldende rett.

Det kan imidlertid bemerkes at det synes noe uheldig at lovgiver ikke har oppstilt etterprøvbare kriterier for arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede deltidsansatte etter aml. § 14-3. Arbeidsmiljøloven er en beskyttelseslov som skal verne om arbeidstakers stillingsvern. Dette innebærer også at arbeidstaker bør beskyttes mot urimelige utvelgelser i en prosess om utøvelse av fortrinnsrett.

Til tross for at aml. § 14-3 ikke setter noen skranker for arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede, må arbeidsgivers prioriteringer imidlertid ikke stride mot andre skranker for valg mellom arbeidstakere. Eksempelvis må arbeidsgivers prioriteringer ikke stride mot forbudet mot diskriminering i aml. kapittel 13, avtalebestemmelser i tariffavtaler eller ulovfestede alminnelige saklighetsnormer.

5 Tvisteløsningsnemndas kompetanse etter aml. § 14-3

Problemstillingen er hvilke tvister som ligger innenfor rammen av Tvisteløsningsnemndas lovbestemte kompetanse å avgjøre i relasjon til aml. § 14-3. I forlengelsen av problemstillingen, vil det også drøftes hvilke tvister nemnda er avskåret fra å vurdere.

Rammene for Tvisteløsningsnemndas kompetanse fremgår av aml. § 17-2 første ledd. Etter bestemmelsens ordlyd kan nemnda avgjøre «tvist» som nevnt i aml. § 14-3. Hvilke konkrete spørsmål nemnda har kompetanse til å avgjøre i relasjon til aml. § 14-3, fremgår ikke direkte av aml. § 17-2 første ledd. Spørsmålet må således løses gjennom en tolkning av ordlyden, sett i lys av andre rettskilder.

Formuleringen «tvist» i aml. § 17-2 første ledd er også brukt i aml. § 14-3 femte ledd, som bestemmer at «tvist om fortrinnsrett for deltidsansatte etter § 14-3 avgjøres av tvisteløsningsnemnda, jf. § 17-2». Ordlyden «tvist» gir anvisning på at uenigheten mellom partene må knytte seg til de rettsspørsmål som reises etter aml. § 14-3. Ordlyden tilsier at rammene for nemndas kompetanse er positivt avgrenset til en vurdering av spørsmålene som fremgår av lovens ordlyd.

Verken forarbeidene til aml. § 17-2 eller § 14-3 gir veiledning for hvorledes nemndas kompetanse skal avgrenses. Spørsmålet har heller ikke vært tema i rettspraksis. Hvilke tvister som omfattes av Tvisteløsningsnemndas kompetanse, må dermed bero på en konkret tolkning av aml. § 14-3 første til fjerde ledd.⁷⁸

Etter ordlyden i aml. § 14-3 har nemnda kompetanse til å avgjøre tvist om hvorvidt *vilkårene* for fortrinnsrett er oppfylt jf. første og annet ledd, om arbeidsgiver har ivaretatt sin *drøftelsesplikt* jf. tredje ledd og hvorvidt arbeidsgivers prioriteringer mellom ulike grunnlag for fortrinnsrett er *i samsvar med* den prioritering som følger av aml. § 14-3 fjerde ledd.

Til tross for at en tolkning av ordlyden i aml. § 14-3 gir god veiledning for hvilke tvister som ligger innenfor Tvisteløsningsnemndas kompetanse å avgjøre, er det også hensiktsmessig å avgrense mot de tvister som ikke ligger innenfor Tvisteløsningsnemndas kompetanse.

Aml. § 14-3 inneholder ikke kriterier for valget mellom flere fortrinnsberettigede.⁷⁹ Heller ikke andre rettsgrunnlag gir anvisning på at Tvisteløsningsnemnda har kompetanse til å overprøve arbeidsgivers prioriteringer. Tvisteløsningsnemnda har derfor ikke kompetanse til å overprøve arbeidsgivers valg mellom flere fortrinnsberettigede.

⁷⁸ Se avhandlingens pkt. 4.2 for bestemmelsens vilkår.

⁷⁹ Se avhandlingens pkt. 4.3.

I kommentarutgaven til arbeidsmiljøloven fremgår det at «Tvisteløsningsnemnda kan prøve alle sider av disse tvistene jf. Ot.prp. nr. 49 (2004–2005) s. 291 (pkt. 23.2.4).»⁸⁰ Uttalelsen tilsier at nemnda også har kompetanse til å avgjøre tvist om virkninger av brudd på reglene om fortrinnsrett jf. aml. § 14-4.

Som det fremgår av drøftelsen overfor er imidlertid nemndas kompetanse positivt avgrenset til en vurdering av vilkårene i aml. § 14-3. Ordlyden i aml. § 14-3 sammenholdt med aml. § 17-2 første ledd taler for at virkninger av brudd etter aml. § 14-4 faller utenfor nemndas kompetanse.

Etter ordlyden i aml. § 14-4 første ledd, skal «retten» etter påstand fra den fortrinnsberettigede «avsi dom for ansettelse i stillingen». Aml. § 14-4 annet ledd bestemmer at arbeidstaker kan kreve erstatning for brudd på reglene om fortrinnsrett. Begrepet «retten» i bestemmelsens første ledd tolkes slik at det er domstolene som skal avgjøre tvist etter aml. § 14-4 første ledd. Hensynet til harmoni i regelverket tilsier at det samme må gjelde for aml. § 14-4 annet ledd. Tvisteløsningsnemnda er et forvaltningsorgan og ikke en domstol. Bestemmelsens ordlyd taler således for at Tvisteløsningsnemnda ikke har kompetanse til å avgjøre tvist om virkningene av brudd på reglene om fortrinnsrett.

I lovforarbeidene er det ikke gitt uttrykk for at Tvisteløsningsnemndas kompetanse omfatter alle sider av tvisten. Uttalelsen i forarbeidene knytter seg til domstolens kompetanse, hvor det særlig uttrykkes at «Det er i dag bare begrenset adgang for partene til å prøve tidskonto- og utdanningspermisjonsnemndas vedtak for domstolene. I samsvar med blant annet synspunkter fremsatt i høringen, foreslår departementet at domstolenes kompetanse ikke begrenses».⁸¹ Det må derfor anses som en feil, når det i lovkommentarene uttrykkes at nemnda kan prøve alle sider av tvistene. En slik forståelse av nemndas kompetanse har også Høyesterett lagt til grunn i kjennelsen HR-2019-2104-U.⁸²

Både ordlyden, forarbeidene og rettspraksis taler for at nemndas kompetanse ikke omfatter avgjørelse av tvist om virkninger av brudd på reglene om fortrinnsrett etter aml. § 14-4.

⁸⁰ Jan Fougner, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven. Lovkommentar*, 2019, § 17-2. Tvisteløsningsnemnd.

⁸¹ Ot.prp. nr. 49 (2004–2005), s. 291

⁸² Se særlig HR-2019-2104-U, premiss 12.

Konklusjonen er at tvister som ligger innenfor rammen av Tvisteløsningsnemndas kompetanse er tvist om vilkårene som fremgår av aml. § 14-3 første til fjerde ledd er oppfylt i det konkrete saksforholdet. Nemndas kompetanse omfatter derfor ikke en overprøving av arbeidsgivers konkrete valg mellom fortrinnsberettigede deltidsansatte. Nemnda har heller ikke kompetanse til å avgjøre tvist om virkninger av brudd på reglene om fortrinnsrett etter aml. § 14-4.

6 Er Tvisteløsningsnemndas lovtolkning av aml. § 14-4 a i tråd med gjeldende rett?

6.1 Oversikt

Arbeidsmiljølovens § 14-4 a første ledd regulerer deltidsansattes rett til utvidet stilling tilsvarende det merarbeidet som arbeidstaker jobber utover avtalt arbeidstid. Etter bestemmelsens ordlyd er det flere kumulative vilkår som må være oppfylt, for at den deltidsansatte kan kreve rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Flere arbeidsgiverorganisasjoner stilte seg kritiske til bestemmelsen da lovforslaget kom. De mente blant annet at formuleringen av bestemmelsen var «komplisert og utfordrende for arbeidsgiverne å forstå og praktisere». ⁸³ Tvisteløsningsnemnda har tolket lovbestemmelsens vilkår i flere ulike retninger. ⁸⁴ Nemndas praksis kan derfor tyde på at arbeidsgiverorganisasjonenes skepsis til bestemmelsen var berettiget.

I det følgende vil det drøftes hvorvidt Tvisteløsningsnemndas lovtolkning av tvist etter aml. § 14-4 a første ledd er i tråd med gjeldende rett. En sammenligning av nemndas lovtolkning og gjeldende rett forutsetter en drøftelse av gjeldende rett, herunder hvorledes bestemmelsens vilkår skal forstås. Lite tvilsomme vilkår vil helt kort drøftes i pkt. 6.2. Tolkningen av vilkåret «arbeid utover avtalt arbeidstid» synes å by på flere utfordringer. Nærmere bestemt knytter tvilen seg til hvorledes vilkåret skal avgrenses og videre hvilke typer arbeid som kan gi uttelling som arbeid utover avtalt arbeidstid. Vilket vil drøftes særskilt under pkt. 6.3.

⁸³ Prop.83 L (2012–2013), s. 76.

⁸⁴ Se eksempelvis TLN-2018-33 versus TLN-2019-23

6.2 Utøvelse av rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid

6.2.1 Hvem aktualiseres bestemmelsen for?

Etter bestemmelsens ordlyd er det bare «deltidsansatte» som kan fremme krav om utvidet stilling.⁸⁵ Hvorvidt aml. § 14-4 a bare gjelder for deltidsansatte med fast ansettelse eller om bestemmelsen også kommer til anvendelse for midlertidige deltidsansatte, er ikke nærmere presisert, hverken i lovteksten eller forarbeidene. Spørsmålet er ikke behandlet i rettspraksis. Tvisteløsningsnemnda har lagt til grunn at bestemmelsen bare kommer til anvendelse for fast deltidsansatte.⁸⁶ Aml. § 14-3 avgrenses også slik at bestemmelsen kun kommer til anvendelse for faste deltidsansatte.⁸⁷ Formålet bak aml. § 14-4 a er i likhet med aml. § 14-3, å redusere ufrivillig deltid. Begge bestemmelsene hjemler muligheter for deltidsansatte til å fremme krav om rett til utvidet stilling. Hensynet til harmoni i regelverket taler for at aml. § 14-4 a bør avgrenses på samme måte som aml. § 14-3. Nemndas praksis og systembetraktninger trekker i samme retning. For den videre drøftelse vil det legges til grunn at aml. § 14-4 a kun kommer til anvendelse for faste deltidsansatte.

6.2.2 Beregningsperiode og fremsettelse av krav

En forutsetning for at bestemmelsen skal komme til anvendelse, er at arbeid utover avtalt arbeidstid har funnet sted over en periode på «12 måneder». Tolvmånedersperioden regnes bakover, fra det tidspunktet arbeidstaker fremsatte «krav» om rett til utvidet stilling.⁸⁸ Det kan ikke utledes av ordlyden at det stilles noen formkrav til fremsettelse av kravet. Forarbeidene presiserer at det ikke stilles formkrav.⁸⁹

Det viktigste må derfor være at arbeidstaker kan vise til en dato for når kravet ble fremsatt, slik at beregningsperioden kan regnes fra den konkrete datoen. Arbeidstaker må oppgi en begrunnelse for hvorfor det ønskes utvidet stilling, slik at arbeidsgiver kan ta stilling til om vilkårene for bestemmelsen er oppfylt.⁹⁰ Dette vil normalt kunne dokumenteres gjennom lønns slipper eller arbeidsplaner. Dersom arbeidstaker selv ikke sitter på slik informasjon, kan

⁸⁵ Se avhandlingens pkt. 4.2.1 for innholdet i begrepet «deltidsansatte».

⁸⁶ TLN-2016-30, TLN-2016-32 og TLN-2016-33.

⁸⁷ Se avhandlingens pkt. 4.2.1.

⁸⁸ Prop.83 L (2012–2013), s. 86.

⁸⁹ Prop.83 L (2012–2013), s. 77, Tvisteløsningsnemnda legger også dette til grunn i sin praksis se eksempelvis TLN-2020-162.

⁹⁰ Prop.83 L (2012–2013), s 77.

arbeidstaker be om å få fremlagt en oversikt fra arbeidsgiver, noe arbeidsgiver er pliktig til å ha.⁹¹

Bestemmelsen forstås således slik at tolv månedersperioden regnes bakover fra det tidspunkt arbeidstaker fremsatte krav om rett til utvidet stilling. Bestemmelsen oppstiller ingen formkrav til fremsettelse av kravet.

6.2.3 Kravet til jevnlig utført merarbeid

For at arbeidstaker skal ha rett på utvidet stilling, må merarbeidet utføres «jevnlig».

Ordlyden tilsier at arbeidet må ha skjedd regelmessig. Begrepet «jevnlig» angir en skjønnsmessig norm for vurderingen av hvorvidt arbeidstaker har krav på utvidet stilling. Det fremgår av forarbeidene at momenter som vil være av betydning ved en slik vurdering, er «merarbeidets omfang, hyppighet og stabilitet» i den aktuelle perioden.⁹² Kjernen i vilkåret er derfor at arbeidstakers merarbeid må fremstå som «en etablert praksis i den aktuelle referanseperioden».⁹³

På denne bakgrunn må oppfyllelse av jevnlighetsvilkåret bero på en konkret helhetsvurdering i hver enkelt sak, ut fra om merarbeidet kan anses som en etablert praksis for arbeidstakerens arbeidstid.

6.2.4 Behovet for merarbeidet er bortfalt

Bestemmelsen kommer ikke til anvendelse, dersom arbeidsgiver kan «dokumentere» at behovet for merarbeid ikke lengre er til stede. Vilkåret ble tatt inn i lovteksten etter at arbeidsgiverorganisasjonene uttrykte bekymring for at aml. § 14-4 a kunne få urimelige følger for virksomheten, når behovet for merarbeidet bare var av forbigående art.⁹⁴ Begrunnelsen for at arbeidsgiver er gitt en mulighet til å imøtegå krav om utvidet stilling på denne måten, er at virksomheter med store markedsmessige svingninger kan oppleve at behovet for merarbeid ikke er nødvendig «neste år».⁹⁵

⁹¹ Aml. § 10-7.

⁹² Prop.83 L (2012–2013), s. 74.

⁹³ Prop.83 L (2012–2013), s. 86. Se eksempelvis TLN-2020-136 hvor nemnda også legger en slik forståelse til grunn.

⁹⁴ Prop.83 L (2012–2013), s. 74.

⁹⁵ Prop.83 L (2012–2013), s. 74.

Dersom behovet for merarbeidet blir borte, mens arbeidstaker likevel får utvidet sin stillingsstørrelse, vil virksomheten ikke kunne drive en driftsøkonomisk forsvarlig virksomhet. For at arbeidsgiver skal få medhold i en påstand om at behovet er bortfalt, må arbeidsgiver sannsynliggjøre bortfallet av merarbeidet.⁹⁶ Dette kan eksempelvis gjøres gjennom dokumentasjon av at virksomheten må gjennomgå en nedbemanning av virksomheten i nær fremtid.

Av rettskildene kan det utledes at det oppstilles et dokumentasjonskrav for arbeidsgiver, dersom arbeidsgiver anfører at behovet for merarbeidet er bortfalt.

6.3 Er Tvisteløsningsnemndas tolkning av vilkåret «arbeid utover avtalt arbeidstid» i tråd med gjeldende rett?

6.3.1 Generelle bemerkninger

I arbeidsmiljølovens § 14-4 a er det vilkåret «arbeid utover avtalt arbeidstid» som utløser rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid for den deltidsansatte. Spørsmålet er således hvordan vilkåret skal forstås. Den overordnede problemstillingen er hvorvidt Tvisteløsningsnemndas tolkning av vilkåret er i tråd med gjeldende rett.

Ordlyden «arbeid utover avtalt arbeidstid» tilsier at lovbestemmelsen inneholder både en kvantitativ og en kvalitativ avgrensning. For det *første* gir ordlyden anvisning på at bestemmelsen kvantitativt, bare omfatter arbeidstimer utover alminnelig arbeidstid. Eksempelvis kan arbeidstaker i kraft av arbeidsavtalen ha plikt og rett til å arbeide 20 timer i uken. I realiteten arbeider vedkommende 30 timer i uken, fordi behovet for arbeidstakers arbeidskraft er større enn det arbeidsgiver i utgangspunktet hadde sett for seg ved ansettelsen. I et slikt scenario arbeider arbeidstaker *utover* det som fremgår av arbeidsavtalen, og arbeidstaker kan ha rett på utvidet stilling dersom de øvrige vilkårene er oppfylt. Det nærmere innholdet i den kvantitative avgrensningen, behandles i pkt. 6.3.2.

For det *andre* tilsier ordlyden at arbeidstakers rett til utvidet stilling, kvalitativt bare kan utløses ved «arbeid». Det vil med andre ord ikke bare være avgjørende om arbeidstaker bruker flere arbeidstimer i virksomheten. Arbeidet må også kvalitativt være av en type

⁹⁶ Prop.83 L (2012–2013), s. 86. Se eksempelvis TLN-2020-136 hvor nemnda også legger en slik forståelse til grunn.

aktivitet som faller inn under begrepet. Spørsmålet er således hvordan begrepet «arbeid» skal avgrenses. Det nærmere innholdet i den kvalitative avgrensningen behandles i pkt. 6.3.3. Det må videre vurderes hvilken *type* arbeid som er omfattet av aml. § 14-4 a. Spørsmålet behandles i pkt. 6.3.4.

6.3.2 Kvantitative avgrensninger

Det første spørsmålet er hvorledes «arbeid utover avtalt arbeidstid» jf. aml. § 14-4 a kvantitativt skal avgrenses. Ordlyden avtalt arbeidstid gir ikke særlig veiledning for begrepets innholdsmessige betydning, utover at normal arbeidstid skal avtales mellom partene. Heller ikke i forarbeidene til aml. § 14-4 a er dette nærmere presisert.

Begrepet «arbeidstid» er imidlertid legaldefinert i aml. § 10-1 første ledd. Etter bestemmelsens ordlyd er arbeidstid «den tid arbeidstaker står til disposisjon for arbeidsgiver». Definisjonen omfatter tiden arbeidstaker utfører arbeid og «den tid hvor arbeidstakeren er på arbeidsstedet og til disposisjon for arbeidsgiver med forpliktelse til å utføre arbeid».⁹⁷ Av aml. § 10-1 første ledd kan det dermed utledes at begrepet «arbeidstid» knytter seg til situasjoner hvor arbeidstaker er beredt på å arbeide.

Hva som etter aml. § 14-4 a skal anses som «avtalt arbeidstid», må ta utgangspunkt i lovens øvrige bestemmelser om dette. Aml. § 14-5 første ledd jf. § 14-6 første ledd bokstav j, bestemmer at *arbeidsavtalen* skal inneholde «lengde og plassering av den daglige og ukentlige arbeidstiden». Aml. § 14-6 oppstiller generelle minstekrav for innholdet i en arbeidsavtale. Begrepet «lengde» tolkes i retning av at det må tallfestes et konkret antall timer for omfanget av arbeidstakers plikt og rett til å arbeide.

Slik legaldefinisjonen i aml. § 10-1 første ledd, sammenfattet med aml. § 14-5 første ledd jf. § 14-5 første ledd bokstav j forstås, er det arbeidsavtalen som setter rammene for avtalt arbeidstid. Dette innebærer at arbeidsavtalen skal inneholde det konkrete *antallet arbeidstimer* arbeidstaker normalt har plikt og rett til å utføre arbeidsoppgaver og/eller stå til disposisjon for arbeidsgiver for å utføre arbeidsoppgaver. Arbeidstid *utover* det som fremgår av arbeidsavtalen anses som merarbeid og kan gi grunnlag for utvidet stilling tilsvarende arbeidstid.

⁹⁷ Tron Dalheim, *Norsk lovkommentar*, note 287, til arbeidsmiljøloven § 10-1, Rettsdata.no, (lest 14. des. 2020).

Arbeidsavtalen kan for eksempel inneholde bestemmelse om at arbeidstaker skal arbeide åtte timer, tre dager i uken med en total arbeidstid på 24 timer. Arbeidstiden vil etter eksempelet utgjøre en stillingsstørrelse på 60 prosent. Arbeid utover de avtalebestemte 24 timene per uke, vil i utgangspunktet derfor regnes som «arbeid utover avtalt arbeidstid» og kan danne grunnlag for rett til utvidet stilling.

Spørsmålet er videre om det kan oppstilles minimumskrav til antall timer for at vilkåret «utover avtalt arbeidstid» skal være oppfylt. Ordlyden «utover avtalt arbeidstid» inneholder ingen minimumskrav for at vilkåret skal anses oppfylt.

Heller ikke forarbeidene gir uttrykk for noen nedre grense her. Tvert imot presiseres det at selv mindre stillingsutvidelser kan utgjøre stor forskjell for arbeidstaker.⁹⁸ Forarbeidene trekker i retning av at lovgiver har ment å ramme selv mindre utvidelser. Konsekvensen av en slik forståelse, er at arbeidstaker i realiteten kan kreve utvidelse av sin stillingsstørrelse tilsvarende én prosent av sin opprinnelige stillingsstørrelse, såfremt arbeidet er utført jevnlig utover avtalt arbeidstid gjennom hele beregningsperioden på 12 måneder. Dette er også i tråd med bestemmelsens formål om å gi deltidsansatte en mulighet til å oppnå fulltidsstilling, enten gradvis eller under ett.

Rettskildene som foreløpig er gjennomgått, trekker i retning av at vilkåret kvalitativt avgrenses opp mot antallet arbeidstimer utover avtalt arbeidstid. Det er imidlertid ingen nedre grense for at bestemmelsen skal komme til anvendelse.

Tvisteløsningsnemnda legger også til grunn at arbeidet må knytte seg til arbeidstimer utover det avtalte. Praksisen bygger på en tolkning av lovens forarbeider og viser at selv mindre utvidelser av arbeidstakers stilling kan tillates. Det vises i den sammenheng til vedtak TLN-2019-62, hvor arbeidstaker ble hørt i krav om stillingsutvidelse tilsvarende 6,75 prosent.⁹⁹

Oppsummert trekker både lovens ordlyd, forarbeider, sammenhengen i regelverket og nemndas praksis i samme retning. Konklusjonen er derfor klar. Vilkåret arbeid utover avtalt arbeidstid avgrenses kvalitativt slik at alt arbeidstid utover det som fremgår av arbeidsavtalen kan anses som merarbeid. Bestemmelsen inneholder dermed ingen nedre grense for hvor

⁹⁸ Prop.83 L (2012–2013), s. 78.

⁹⁹ TLN-2019-62, se særlig s. 5.

mange timer som må til, for at arbeidstimene skal kunne anses som merarbeid. Konklusjonen er at Tvisteløsningsnemndas lovtolkning på dette punkt er i tråd med gjeldende rett.

6.3.3 Kvalitative avgrensninger

For å kunne vurdere hvilket arbeid som kan anses som merarbeid og dermed skal inngå i beregningsgrunnlaget, er det nødvendig å først klargjøre innholdet i begrepet «arbeid». Spørsmålet i det følgende er derfor hvordan begrepet «arbeid» skal tolkes, herunder hvorledes begrepet kvalitativt skal avgrenses.

Begrepet «arbeid» er hyppig benyttet gjennom hele arbeidsmiljøloven. Begrepet er likevel ikke legaldefinert. Ordlyden «arbeid» kan på den *ene* siden tolkes i retning av at begrepet utelukkende knytter seg til utførelse av oppgaver eller innsats for å oppnå et bestemt resultat for arbeidsgiver. En slik ordlydstolkning har imidlertid ikke støtte i øvrige rettskilder.

På den *andre* siden kan ordlyden tilsi at begrepet «arbeid» må ses i lys av hva som er avtalt i arbeidsavtalen. Forarbeidene kan belyse hvilken ordlydstolkning som bør legges til grunn. Lovens forarbeider bruker eksemplene «ekstraarbeid» «merarbeid» og «overtid», for å beskrive hvilken type arbeid som typisk anses som merarbeid utover avtalt arbeidstid i lovens forstand.¹⁰⁰ Felles for de tre benevnelsene, er at alle tar utgangspunkt i arbeidstakers normale arbeidsoppgaver. Arbeidsoppgavene skal som tidligere nevnt fremgå av arbeidsavtalen.¹⁰¹ Forskjellen ligger i at oppgavene utføres *utover* det tidsrommet som fremgår av arbeidsavtalen. Forarbeidene støtter dermed sistnevnte tolkning.

Videre fremgår det av forarbeidene at den «typiske situasjonen» som er omfattet av bestemmelsen er at arbeidstaker jobber ekstravakter/overtid «i sin deltidsstilling».¹⁰² Forarbeidene kan på dette punkt også trekke i retning av at arbeidet må knyttes til de arbeidsoppgaver som arbeidstaker skal utføre i kraft av arbeidsavtalen.

Sammenhengen med lovens øvrige system har også betydning. Det følger av aml. § 14-6 første ledd bokstav c at arbeidsavtalen minimum skal inneholde en «beskrivelse av arbeidet eller arbeidstakerens tittel, stilling eller arbeidskategori». Begrunnelsen for et slikt krav er

¹⁰⁰ Prop.83 L (2012–2013), s. 76.

¹⁰¹ Se avhandlingens pkt. 6.3.2.

¹⁰² Prop.83 L (2012-2013), s. 76.

blant annet å avklare det generelle innholdet i arbeidstakers arbeidsoppgaver.¹⁰³

Bestemmelsen tilsier at begrepet «arbeid» er tilknyttet de arbeidsoppgaver som arbeidstaker utfører i kraft av arbeidsavtalen.

Konsekvensbetraktninger er også relevant å trekke frem. Forutsatt at begrepet «arbeid» knyttes til arbeidsoppgaver som arbeidstaker utfører i kraft av arbeidsavtalen, vil arbeidstaker som møter opp på arbeidsplassen for å utføre personlige gjøremål, ikke omfattes av de situasjoner som aml. § 14-4 a er ment å regulere. En slik tolkning har gode grunner for seg, da dette henger sammen med at arbeidstaker som utfører personlige gjøremål istedenfor arbeidsoppgaver i ytterste konsekvens vil anses for å ha misligholdt sine forpliktelser etter arbeidsavtalen. Konsekvensbetraktninger trekker i samme retning som de øvrige rettskildene.

Hensynet til harmoni i regelverket er videre relevant for spørsmålet. Ordlydstolkningen er i tråd med hvorledes fortrinnsretten etter aml. § 14-3 avgrenses.¹⁰⁴ Lovgiver legger etter aml. § 14-3 opp til at en viss variasjon av arbeidsoppgaver må aksepteres, men at store avvik mellom opprinnelige arbeidsoppgaver og stillinger som det kreves fortrinnsrett til ikke aksepteres. Aml. § 14-4 a omhandler ikke fortrinnsrett. Bestemmelsen regulerer likevel, i likhet med aml. § 14-3, deltidsansattes rett til *utvidet stilling*. Hensynet til harmoni i regelverket taler for at aml. § 14-4 a skal forstås på samme måte som etter aml. § 14-3.

Et *motstridende hensyn* er vern av arbeidstaker. Det fremgår av de øvrige rettskildene at tolkningen av bestemmelsens ordlyd ikke er helt klar. Dette tilsier at bestemmelsen skal tolkes i favør av arbeidstaker.¹⁰⁵ Vernehensynet tilsier i denne sammenheng at bestemmelsen bør tolkes vidt, slik at alle arbeidsoppgaver arbeidstaker utfører bør medregnes i det som defineres som arbeid. Også oppgaver som ikke har tilknytning til arbeidstakers arbeidsavtale, bør derfor være omfattet av begrepet. En slik tolkning har imidlertid ikke klar støtte i øvrige rettskilder. Hensynet kan derfor ikke tillegges betydelig vekt.

Oppsummert taler en overvekt av rettskildene for en snever tolkning av begrepet arbeid. På denne bakgrunn må det være rettskildemessig dekning for å hevde at begrepet «arbeid» skal

¹⁰³ Johansen og Stueland, (2015), s. 600.

¹⁰⁴ Se avhandlingens pkt. 4.2.3.

¹⁰⁵ Se avhandlingens pkt. 1.4.

tolkes slik at arbeidet må knytte seg til arbeidsoppgaver som arbeidstaker utfører i kraft av arbeidsavtalen.

En gjennomgang av Tvisteløsningsnemndas praksis viser at nemnda ikke har tolket hvordan bestemmelsen kvalitativt skal avgrenses. En slik avgrensning av bestemmelsen er teoretisk, noe som gjør at avgrensningen ikke nødvendigvis passer seg for eksplisitte drøftelser i Tvisteløsningsnemnda. Nemndas vurderinger av vilkårets anvendelsesområde, knytter seg direkte til de aktuelle arbeidstypene som kan gi grunnlag for utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.¹⁰⁶ Hvorvidt Tvisteløsningsnemndas praksis er i tråd med gjeldende rett, må derfor bero på en vurdering av hvilken type arbeid som gir rett på utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Dette vil gjøres i det følgende.

6.3.4 Hvilke arbeidstyper anses som arbeid etter aml. § 14-4 a?

Tvisteløsningsnemnda har vurdert ulike arbeidstyper i 251 saker.¹⁰⁷ Etter nemndas praksis er det mange ulike arbeidstyper som får uttelling i beregningsgrunnlaget. Eksempelvis vises det til ekstravakter, overtidsarbeid, kurs og etterutdanning, og midlertidige enkeltstående stillingsutvidelser. Det som klart anses som merarbeid etter lovens forarbeider er ekstravakter utover avtalen og overtidsarbeid som knytter seg til arbeidstakers utførelse av arbeidsoppgaver.¹⁰⁸

I det følgende vil det fokuseres på noen tvilsomme typetilfeller, for å vurdere om disse typetilfellene kan anses som arbeid, og videre for å vurdere om nemndas praksis er i tråd med gjeldende rett. Konsekvensen av at arbeidstypene anses som arbeid etter aml. § 14-4 a er det disse kan gi grunnlag for rett på utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

6.3.4.1 Planlagte, men ikke utførte vakter

Fra tid til annen hender det at arbeidstakere ikke møter opp til en avtalt vakt. Spørsmålet er da om planlagte, men ikke utførte vakter, kan anses som arbeid etter aml. § 14-4 a.

Betegnelsen planlagte, men ikke utførte vakter, tilsier at arbeidstakeren har avtalt å utføre arbeid, men at arbeidstaker ikke har møtt opp til den planlagte vakten og derfor ikke utført

¹⁰⁶ Se avhandlingens pkt. 6.3.4.

¹⁰⁷ Nemndene.no, søk; stilling tilsvarende faktisk arbeidstid § 14-4 a, merarbeid som tas med i beregningen; <https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/vedtak-tvistelosningsnemnda/>, (lest 15. des. 2020).

¹⁰⁸ Prop.83 L (2012–2013), s. 76.

arbeidet.¹⁰⁹ I det følgende vil betegnelsen planlagte vakter benyttes for enkelthetens skyld. Aml. § 14-4 a gir etter sin ordlyd bare rett til utvidet stilling for *utførte* arbeidsoppgaver jf. konklusjonen i pkt. 6.3.3. Ordlyden taler for at planlagte vakter ikke kan anses som arbeid etter aml. § 14-4 a.

Forarbeidene gir noe veiledning for hvilken type arbeid som kan være omfattet av bestemmelsen. Det vises særlig til at den typiske situasjonen for «arbeid utover avtalt arbeidstid» vil være der arbeidstaker arbeider «ekstravakter» utover avtalen.¹¹⁰ Lovens forarbeider legger dermed til grunn, i likhet med lovens ordlyd, at det rent faktisk må være utført et arbeid for at arbeidet skal få uttelling i beregningsgrunnlaget.

Bestemmelsens øvrige vilkår kan ytterligere bidra til å belyse rettstilstanden. Forutsatt at alle vilkårene for rett til utvidet stilling er oppfylt, kan arbeidsgiver unntaksvis motsette seg utvidelsen, dersom behovet for merarbeidet er bortfalt.¹¹¹ På samme måte vil arbeidstaker som ikke har utført noe reelt merarbeid, heller ikke kunne argumentere for at utført arbeid og stillingsandel er forskjellig. Sammenhengen med bestemmelsens øvrige vilkår tilsier derfor at planlagte vakter ikke kan anses som arbeid.

De øvrige rettskildene taler alle i retning av at planlagte vakter ikke kan anses som arbeid.

Planlagte vakter har i Tvisteløsningsnemndas praksis heller ikke vært ansett som arbeid og dermed ikke fått uttelling i beregningsgrunnlaget for «arbeid utover avtalt arbeidstid».¹¹²

Nemndas begrunnelse bygger på en tolkning av lovens ordlyd «faktisk arbeidstid» og viser til at bestemmelsen bare kommer til anvendelse for de timer hvor arbeidstaker faktisk har utført arbeid. På denne måten kan ikke planlagte vakter få uttelling i beregningsgrunnlaget etter nemndas syn. Nemndas lovforståelse bygger på en overbevisende tolkning av lovens ordlyd og anses som fast praksis i nemnda.¹¹³ Nemndas praksis taler for at planlagte, men ikke utførte vakter ikke kan anses som arbeid.

Oppsummert trekker lovbestemmelsens ordlyd, forarbeidene, sammenhengen i regelverket og nemndas praksis klart i samme retning. På denne bakgrunn må det være tilstrekkelig

¹⁰⁹ Se eksempelvis TLN-2020-110 og TLN-2019-138, hvor nemnda tar stilling til hvorvidt slike vakter skal inngå i beregningsgrunnlaget.

¹¹⁰ Prop.83 L (2012–2013), s. 86.

¹¹¹ Aml. § 14-4 a første led første setning.

¹¹² TLN-2020-110, s. 4.

¹¹³ Se eksempelvis TLN-2018-62, TLN-2019-88 og TLN-2019-138.

holdepunkter for å hevde at planlagte vakter, ikke kan anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid» jf. aml. § 14-4 a. Tvisteløsningsnemndas lovtolkning er i tråd med gjeldende rett.

6.3.4.2 Kurs og etterutdannelse

Det neste spørsmålet er hvorvidt kurs og etterutdannelse kan anses som arbeid etter aml. § 14-4 a. Gjennomføring av kurs og etterutdannelse kan skje på flere ulike grunnlag. For det første kan kurs og etterutdannelse være påkrevd ved lov eller forskrift. Kurs og etterutdannelse kan også være arrangert og gjennomført av arbeidsgiver. For det tredje kan kurs og etterutdannelse være gjennomført frivillig fordi arbeidstaker selv har ønsket det. På denne bakgrunn vil den videre drøftelse skille mellom de ulike grunnlagene for kurs og etterutdannelse. De ulike grunnlagene vil drøftes i kronologisk rekkefølge.

Tvisteløsningsnemnda synes å kun ha vurdert kurs og etterutdannelse arrangert i regi av arbeidsgiver.¹¹⁴ En vurdering av hvorvidt nemndas praksis er i tråd med gjeldende rett, kan derfor bare skje her.

Det første spørsmålet er således om påkrevd kurs og etterutdannelse kan anses som arbeid. Aml. § 14-4 a gir etter sin ordlyd bare rett til utvidet stilling for utførte arbeidsoppgaver. Betegnelsen kurs og etterutdannelse, knytter seg til tilegnelse av kunnskap eller utvikling av ferdigheter innenfor et fagfelt. Isolert sett er kurs og etterutdannelse en form for opplæring som ikke nødvendigvis er en forutsetning for utførelse av arbeidsoppgavene. Fordi *påkrevd* kurs og etterutdannelse primært har som formål at arbeidstaker skal kunne utføre arbeidsoppgavene på best mulig måte, kan ordlyden i aml. § 14-4 a tale for at den tid som medgår til kurs og etterutdannelse skal regnes med som arbeid.

Forarbeidene nevner ikke kurs og etterutdannelse som en type arbeid som kan gi grunnlag for rett til utvidet stilling.¹¹⁵ Heller ikke andre arbeidstyper er nevnt. Forarbeidene gir derfor ingen veiledning med hensyn til tolkningen av dette spørsmålet. Heller ikke i rettspraksis har kurs og etterutdannelse vært tema i relasjon til aml. § 14-4 a.

Både arbeidsmiljøloven og spesiallovgivningen inneholder bestemmelser om påkrevd opplæring av arbeidstakere. Reglene vil kunne belyse hvilken sammenheng påkrevd kurs og

¹¹⁴ Se eksempelvis TLN-2020-110.

¹¹⁵ I Prop.83 L (2012-2013), s. 76 uttrykkes det at «årsaken» til merarbeidet ikke er relevant. Årsakene som forarbeidene viser til er sykdom, permisjon mv. Det må imidlertid skilles mellom årsak for merarbeid og ulike grunnlag kurs og etterutdannelse kan skje på.

etterutdanning har for arbeidstakers utførelse av arbeidsoppgaver. Aml. § 3-2 bestemmer at arbeidsgiver må sørge for at arbeidstaker får tilstrekkelig kunnskap og opplæring slik at sikkerheten ivaretas og arbeidsoppgavene kan utføres på en forsvarlig måte. I den utstrekning det er påkrevd med opplæring for å kunne utføre arbeidsoppgaver, må arbeidsgiver sørge for å tilrettelegge for gjennomføring av slik opplæring. Videre oppstiller eksempelvis lov 18. juni 1993 nr. 109 om autorisasjon av regnskapsførere § 5 lovkrav til etterutdanning for regnskapsførere. Slike krav til etterutdanning oppstilles også i flere andre bransjer.¹¹⁶ Lovkravene taler for at påkrevd kurs og etterutdanning har så nær tilknytning til arbeidstakers utførelse av arbeidsoppgaver at slike kurs og etterutdanning må anses som arbeid.

Det overordnede formålet bak arbeidsmiljøloven er å verne om arbeidstaker. Påkrevd kurs og etterutdanning bidrar ofte til å opprettholde en faglig standard som gjør at arbeidstaker og virksomheten holder tritt med betydelige endringer i samfunnet. Det vil derfor være rimelig og hensiktsmessig at arbeidstakers gjennomføring av påkrevd kurs og etterutdanning skal få uttelling som arbeid i relasjon til aml. § 14-4 a. På denne måten blir lovbestemmelsens formål om å sikre deltidsansatte en mulighet til å opparbeide seg en større stillingsprosent realisert. Formålet taler for at påkrevd kurs og etterutdanning skal anses som arbeid.

Sammenhengen i regelverket og arbeidsmiljølovens overordnede formål taler for at påkrevd kurs og etterutdanning omfattes av begrepet arbeid. Konklusjonen er derfor at påkrevd kurs og etterutdanning anses som arbeid.

Det neste spørsmålet er om kurs og etterutdanning i regi av arbeidsgiver skal anses som arbeid. Utgangspunktet er her at ordlyden bare omfatter utførelse av arbeidsoppgaver, slik at kurs og etterutdanning i regi av arbeidsgiver isolert sett ikke omfattes av lovens ordlyd. Likevel må også kurs og etterutdanning i regi av arbeidsgiver sies å ha som primært formål at arbeidstaker skal kunne utføre arbeidsoppgavene på en god og hensiktsmessig måte. Ordlyden kan derfor tale for at den tid som medgår til kurs og etterutdanning i regi av arbeidsgiver skal regnes med som arbeid.

Forarbeider og rettspraksis gir ingen veiledning for forståelsen her. Systembetragtninger har imidlertid betydning. I den grad arbeidsgiver arrangerer kurs og etterutdanning, er det

¹¹⁶ Blant annet for advokater og revisorer.

nærliggende å legge til grunn at dette må anses som en slags aksept fra arbeidsgiver og at slike kurs og etterutdannelse skal anses som arbeid. Når arbeidsgiver i kraft av sin styringsrett tar en slik beslutning, vil ikke arbeidsgivers og arbeidstakers interesser stå mot hverandre. De vil heller være sammenfallende. Systembetraktninger taler for at også kurs og etterutdannelse i regi av arbeidsgiver skal anses som arbeid.

Tvisteløsningsnemnda har i sin praksis lagt til grunn at kurs og opplæring skal inngå i beregningsgrunnlaget.¹¹⁷ Ut fra sammenhengen i vedtak TLN-2020-110 synes det som at vedtaket gjelder kurs og opplæring i regi av arbeidsgiver. Vedtaket kan belyse nemndas lovforståelse. Saken omhandlet en fast ansatt ekspeditør (A) i stilling på 37,33 prosent, som i en periode på 12 måneder hadde utført 338,25 timer utover avtalt arbeidstid. Arbeidsgiver anførte at timer i tilknytning til kurs og opplæring ikke kunne inngå i beregningsgrunnlaget. I den forbindelse uttalte nemnda at «Når det gjelder tilsammen [sic!] 4 timer i forbindelse med kurs og opplæring i mars og november, legger nemnda til grunn at dette er arbeid utover avtalt arbeidstid.»¹¹⁸

Vedtaket fra nemnda er et uttrykk for Tvisteløsningsnemndas faste praksis og trekker i samme retning som ordlyden og systembetraktninger. Kurs og etterutdannelse i regi av arbeidsgiver kan derfor anses som arbeid. Tvisteløsningsnemndas praksis er i tråd med gjeldende rett.

Avslutningsvis er spørsmålet om frivilling kurs og etterutdannelse anses som arbeid.

Utgangspunktet her at kurs og etterutdannelse som frivilling gjennomføres ikke er omfattet av lovens ordlyd, da slike kurs og etterutdannelse ikke har som primært formål at arbeidstaker skal kunne utføre arbeidsoppgaver på best mulig måte.

Situasjonen er muligens lite praktisk, da arbeidsgiver ikke vil gi aksept for slik gjennomføring av kurs som arbeidsgiver hverken anses nødvendig eller formålstjenlig for virksomhetens lønnsomhet. Det kan likevel tenkes tilfeller der arbeidsgiver står overfor en situasjon hvor arbeidstaker har en tilnærmet uavhengig stilling, slik at arbeidsgiver ikke har mulighet til å kontrollere kursvirksomheten.

Det finnes ingen andre rettslige holdepunkter som kan tilsi at frivillige kurs og etterutdannelse kan anses som arbeid i lovens forstand. Bestemmelsen bør heller avgrenses mot slike

¹¹⁷ TLN-2020-110.

¹¹⁸ TLN-2020-110 s. 4.

situasjoner. Frivillig gjennomføring av kurs og etterutdanning, vil være begrunnet av et generelt ønske om å holde seg oppdatert innenfor fagfeltet, og vil bære mer preg av en faglig fritidsinteresse. Hensynet til en god og hensiktsmessig regel taler for at arbeidstaker må gjennomføre slike kurs i sin egen fritid, på lik linje som andre fritidsinteresser.

Konklusjonen er derfor at frivillig kurs og etterutdanning ikke kan anses som arbeid.

6.3.4.3 Underkvalifisert arbeid

Spørsmålet er hvorvidt underkvalifisert arbeid anses som arbeid jf. aml. § 14-4 a. Drøftelsen vil eksemplifiseres gjennom helsesektoren, hvor typetilfellet er særlig relevant. Drøftelsens relevans er således begrenset til de bransjer hvor det gjelder et lovkrav til stillingskvalifikasjoner.

Det må først avklares hva «underkvalifisert arbeid» er. Med betegnelsen «underkvalifisert arbeid» siktes det til arbeid, hvor arbeidstaker utfører arbeidsoppgaver som vedkommende ikke er kvalifisert til å utføre. Situasjonen kan illustreres slik; Sykepleier (A) på Rikshospitalet er sykemeldt. Da det ikke er noen andre sykepleiere som kan overta vekten til A, blir en helsefagarbeider (B) spurt om å tre inn som vikar. Ettersom at B ikke kan legge veneflon eller medisinere pasientene på avdelingen, blir arbeidet strukturert slik at B kan utføre andre arbeidsoppgaver som forhåpentligvis ikke går utover en forsvarlig pasientbehandling. Disse arbeidsoppgavene er ikke en del av B sine vanlige arbeidsoppgaver som helsefagarbeider, men tilhører arbeidsoppgavene som en sykepleier normalt utfører. Det kreves normalt en autorisasjon som sykepleier for å tre inn i en sykepleiervakt. Fordi ingen andre sykepleiere kan tre inn som vikar, vil tiltredelse av B være den beste midlertidige løsningen for virksomheten. På denne måten utfører B «underkvalifisert arbeid».

Denne situasjonen kan antakeligvis synes som noe teoretisk og oppkonstruert. I flere bransjer oppstår imidlertid slikt merarbeid relativt ofte, blant annet innenfor helsesektoren og skoleverket. I begge sektorene stilles det formelle krav til kompetanse på et visst nivå for å kunne utføre arbeid i en konkret stilling.

Aml. § 14-4 a gir etter sin ordlyd rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid. Så fremt arbeidstaker har utført arbeidsoppgaver utover arbeidstid, må merarbeidet i utgangspunktet inngå i beregningsgrunnlaget. Etter ordlyden er derfor utgangspunktet at underkvalifisert arbeid anses som arbeid og dermed er omfattet av aml. § 14-4a.

Få andre rettskilder gir bidrag til hvorvidt underkvalifisert arbeid er omfattet av lovens ordlyd. Bestemmelsen må tolkes i en beskyttelseskontekst.¹¹⁹ Det vil være urimelig om arbeidstaker ikke skal få rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid med den begrunnelse at arbeidstaker er underkvalifisert. Arbeidsgiver står nærmest til å bære risikoen for at arbeidstaker, over en lengre periode og jevnlig har utført arbeid som vedkommende ikke er kvalifisert til. Vernehensyn trekker i retning av at underkvalifisert arbeid bør anses som arbeid.

Prop.83 L (2012-2013) gir som tidligere nevnt ikke anvisning på hvilke konkrete arbeidstyper som er omfattet av lovens ordlyd, utover at det må knytte seg til et «merarbeid», typisk ekstravakter eller overtidsarbeid.¹²⁰ Høringsnotatet kan imidlertid gi noe veiledning for hvilke konsekvenser det vil få, dersom underkvalifisert arbeid omfattes av lovens ordlyd. I forbindelse med innføring av aml. § 14-4 a ble det av Arbeids- og sosialdepartementet uttalt om bestemmelsens konsekvenser at;

«Forslaget medfører en rett for arbeidstaker til utvidelse av stillingen med samme type arbeid og vakter som inngikk i vedkommendes merarbeid. En rett til utvidet stilling i vedkommendes vanlige turnus ville skapt problemer for arbeidsgiver. For arbeidstaker innebærer således retten til utvidet stilling at vedkommende må akseptere samme omfang av ubekvemme vakter tilsvarende som i forbindelse med merarbeidet.»¹²¹

Høringsnotatet kan tolkes slik at stillingsutvidelsen skal gjennomføres ved at arbeidsoppgavene som knytter seg til merarbeidet er de arbeidsoppgavene som setter rammene for innholdet i arbeidstakers stillingsutvidelse. Stillingsutvidelsen vil derfor ta utgangspunkt i de arbeidsoppgaver som arbeidstaker utfører i en stilling som arbeidstaker ikke er kvalifisert til. Konsekvensen av uttalelsene i høringsnotatet er at dersom underkvalifisert arbeid skal omfattes av ordlyden, vil en helsefagarbeider eksempelvis kunne opparbeide seg rett til å utføre arbeidsoppgaver i en stilling som sykepleier. Dette ville i så fall gi arbeidstaker rett til å utføre arbeid som denne ikke er kvalifisert for. En slik regel om

¹¹⁹ Se avhandlingens pkt. 1.4.

¹²⁰ Forarbeidene til aml. § 14-4 a

¹²¹ Høringsnotat, Forslag til endringer i arbeidsmiljøloven - Tiltak mot ufrivillig deltid, s. 36. <https://www.regjeringen.no/contentassets/964d348187094c1988428534fe3f90e0/horingsnotat.pdf> (lest 15. desember 2020).

rett til utvidet stilling, vil være uhensiktsmessig og urimelig for virksomheten.

Konsekvensbetraktninger taler for at underkvalifisert arbeid ikke kan anses som arbeid.

Dersom underkvalifisert arbeid skal få uttelling i beregningsgrunnlaget, vil det videre kunne argumenteres for at aml. § 14-4 a inneholder en hjemmel til å uthule de kvalifikasjonskrav som loven oppstiller til en stilling. Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v.

(helsepersonelloven – hpl.) § 4 stiller blant annet krav til at helsepersonell skal utføre sitt arbeid i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet og omsorgsfull hjelp som kan forventes ut fra helsepersonellets kvalifikasjoner. Det er med andre ord lovbestemt at det stilles visse kvalifikasjonskrav til formalkompetanse for ulike stillinger innenfor helsesektoren.

Til tross for at arbeidsmiljøloven skal tolkes i en beskyttelseskontekst, kan ikke hensynet til arbeidstaker strekkes så langt at det vil gå utover en forsvarlig drift av arbeidsgivers virksomhet. Som det fremgår av uttalelsene i høringsnotatet kan ikke medhold i krav om rett til utvidet stilling få den konsekvens at arbeidstaker får en rett til utvidet stilling i arbeidstakers vanlige turnus, ettersom at dette kan skape problemer for arbeidsgiver.

Eksempelvis kan det tenkes at arbeidsgiver ikke har behov for økt arbeidskraft i arbeidstakers vanlige turnus. Arbeidsgiver vil i alle fall i slike tilfeller kunne argumentere med at behovet for merarbeid i arbeidstakers vanlige turnus ikke eksisterer. På denne måten vil arbeidsgiver ha en mulighet til å omgå arbeidstakers rett til utvidet stilling, ved å la arbeidstaker utføre underkvalifisert arbeid og etterpå argumentere for at merarbeid ikke eksisterer i arbeidstakers vanlige turnus. Systembetraktninger trekker i retning av at underkvalifisert arbeid ikke kan anses som arbeid.

For det tilfelle at underkvalifisert arbeid skal være omfattet av lovens ordlyd, vil dette videre kunne resultere i at det som opprinnelig har vært en sykepleierstilling delvis blir omgjort til en helsefagarbeiderstilling. Dette på bakgrunn av at helsefagarbeidere overtar sykepleieroppgaver. På den ene siden er utvikling av arbeidsoppgaver i alle sektorer en naturlig utvikling av samfunnet. På den andre siden vil det bli vanskelig for arbeidsgiver å rekruttere sykepleiere, når ansettelse i en sykepleierstilling bare delvis omfatter arbeidsoppgaver som hører en sykepleierstilling til. Videre vil en slik utvikling kunne resultere i store forskjeller i innholdet av sykepleierstillinger, ut fra hvor mange helsefagarbeidere som har overtatt sykepleieroppgaver i de ulike virksomhetene og hvilke arbeidsoppgaver som har blitt overført til andre stillinger. Slike konsekvensbetraktninger taler også for at underkvalifisert arbeid ikke skal anses som arbeid i lovens forstand.

Når lovgiver har bestemt at medhold i krav om utvidet stilling innebærer at arbeidstaker skal utføre arbeidsoppgaver i samme stilling som vedkommende utførte merarbeidet i, kan ikke underkvalifisert merarbeid gi rett på utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.¹²²

Rettskildene fremstår hittil som noe sprikende og tvetydige. Ingen av rettskildene taler med styrke for at arbeid utført i vakter man i utgangspunktet ikke er kvalifisert for er omfattet av lovens ordlyd. Likevel taler både uttalelsene i høringsnotatet, konsekvensbetraktninger og systembetraktninger for at underkvalifisert arbeid ikke er omfattet av lovens ordlyd.

Twisteløsningsnemnda legger til grunn at merarbeid som er utført i vakter man ikke er kvalifisert for skal omfattes av bestemmelsens ordlyd. Nemndas lovtolkning i slike saker kan belyses gjennom vedtak TLN-2019-23. Saken gjaldt en helsearbeider som utførte merarbeid i en sykepleierstilling, slik at vedkommende utførte arbeidsoppgaver som i utgangspunktet tilhørte sykepleiere. Nemndas har lagt følgende vurdering til grunn;

«I tilfeller som her, der arbeidsgiver jevnlig over en lengre periode lar en arbeidstaker utføre merarbeid i vakter tilhørende stillinger med krav om en annen formalkompetansene enn det vedkommende innehar, blir spørsmålet om arbeidsgiver rettmessig kan påberope at slike vakter ikke skal gi uttelling ved krav om utvidet stilling etter arbeidsmiljøloven § 14-4 a.»¹²³

Det kan synes som at nemnda her, i motsetning til vurderingen av andre arbeidstyper, legger til grunn en presumpsjon om at underkvalifisert arbeid er omfattet av lovens ordlyd.¹²⁴

Nemnda synes ikke å ta hensyn til de krav som stilles til forsvarlig yrkesutøvelse innenfor helsesektoren.¹²⁵ På denne måten kan det argumenteres for at nemnda synes å uthule de krav som særlig stilles til helsepersonells utførelse av arbeid som skal skje «i samsvar med de krav til faglig forsvarlighet» som gjelder på området jf. hpl. § 4. En slik tolkning av loven er ikke særlig heldig.

Rettskildene taler i diametralt motsatte retninger. Ordlyden, hensynet til arbeidstaker og nemndspraksis taler for at arbeidet skal være omfattet av aml. § 14-4 a. Den rettskildemessige

¹²² Jf. overnevnte høringsnotat.

¹²³ TLN-2019-23, s. 4.

¹²⁴ Se eksempelvis TLN-2020-110, hvor kurs og etterutdanning ikke presumptivt legges til grunn som omfattet av lovens ordlyd.

¹²⁵ Det er publisert nye avgjørelser fra Twisteløsningsnemnda på nemdene.no dagen før innlevering som på grunn av tidshensyn ikke er tatt med i oppgaven.

vekten av hensynet til arbeidstaker svekkes imidlertid av den etterfølgende uttalelsen i høringsnotatet. Flere konsekvens- og systembetraktninger trekker derfor i retning av at underkvalifisert arbeid ikke kan anses som arbeid. De reelle hensyn må her veie tungt, ettersom at følgene en tolkning i tråd med lovens ordlyd vil få enorme følger for virksomheten og videre stride mot de kvalifikasjonskrav som oppstilles i lov.

På denne bakgrunn synes det å være rettskildemessig dekning for å hevde at underkvalifisert arbeid ikke skal anses som arbeid i lovens forstand. Spørsmålet er imidlertid ikke avklart, og konklusjonen er derfor usikker. Tvisteløsningsnemndas senere praksis ved vurderingen av underkvalifisert arbeid synes å være i tråd med gjeldende rett. Særlig ettersom at nemndas siste avgjørelse ved spørsmålet likevel synes å ta hensyn til de krav som stilles til formalkompetanse i helsesektoren.

Det kan imidlertid bemerkes at bestemmelsen sannsynligvis må forstås på en annen måte på områder hvor det ikke gjelder et lovkrav til stillingskvalifikasjoner. Den arbeidstid arbeidstaker har brukt på arbeid som vedkommende ikke er kvalifisert til, bør i utgangspunktet få uttelling som merarbeid av hensyn til at arbeidstaker bør få en reell mulighet til å utvide sin stillingsstørrelse. Motsetningsvis vil arbeidsgiver kunne snike seg unna arbeidstakers rett til utvidet stilling, ved å bruke arbeidstakere på det de formelt sett ikke er kvalifisert til, uten å få rett på utvidet stilling etter aml. § 14-4 a. En slik forståelse av lovbestemmelsen vil ikke sikre trygge arbeidsforhold.

Tvisteløsningsnemnda oppstiller en unntaksregel hvor underkvalifisert arbeid ikke er omfattet av lovens ordlyd. Problemstillingen som aktualiseres er derfor om lovbestemmelsen inneholder en slik regel. Den videre drøftelsen forutsetter dermed at underkvalifisert arbeid er omfattet av lovens ordlyd.

Unntaksregelen synes å bygge på at arbeidsgiver i enkelte tilfeller kan ha et rettmessig grunnlag for å avvise underkvalifisert arbeid.¹²⁶ Hva som kan anses som et rettmessig grunnlag, må etter nemndas oppfatning bero på en konkret vurdering av flere forhold, «deriblant hva arbeidsgiver har foretatt seg for å dekke behovet for kvalifisert arbeidskraft for

¹²⁶ Eksempelvis TLN-2019-23, s. 4.

det aktuelle merarbeidet».¹²⁷ På denne måten innfortolker nemnda nye krav til arbeidsgivers saksbehandling fra lovens ordlyd.

Som det fremgår av drøftelsen av vilkåret «arbeid utover avtalt arbeidstid» ovenfor, oppstiller ikke lovens ordlyd noen slike krav til arbeidsgivers saksbehandling. Heller ikke andre rettskilder taler for at det er adgang til å innfortolke slike saksbehandlingskrav til arbeidsgiver. Nemndas praksis kan ikke tillegges særlig vekt ved tolkningen av lovens ordlyd. Aml. § 14-4 a inneholder dermed ingen slik unntaksregel.

På denne bakgrunn må det være klart at nemnda har foretatt feil lovtolkning, når nemnda innfortolker slike krav i aml. § 14-4 a. Tvisteløsningsnemndas lovtolkning ved underkvalifisert arbeid er på dette punkt ikke i tråd med gjeldende rett.

6.3.4.4 Unntak for midlertidige avtalte utvidelser

Ordlyden i aml. § 14-4 a inneholder ingen direkte begrensninger for hva som kan anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».¹²⁸ I forarbeidene fremgår det imidlertid én klar begrensning uavhengig av timeantall og arbeidsform. Begrensningen knytter seg til midlertidige avtalte utvidelser av ansettelsesforholdet og skal ikke anses som «arbeid utover avtalt arbeidstid».¹²⁹

Med betegnelsen «midlertidige avtalte utvidelser» siktes det til særskilt skriftlig avtale mellom arbeidsgiver og arbeidstaker om at arbeidstaker for en tidsbegrenset periode skal arbeide utover avtalt arbeidstid. Eksempelvis vil ikke rett til utvidet stilling utløses dersom arbeidstaker ved siden av sin deltidsstilling på 60% har en midlertidig tidsbegrenset avtale om vikararbeid i 30% stilling. Vikararbeidet er avtalt og anses ikke som merarbeid i lovens forstand.

Det kan tenkes at arbeidsgiver prøver å omgå arbeidstakers rett på utvidet stilling gjennom en oppkonstruert form for midlertidig avtalt stillingsutvidelse. Bestemmelsens unntak for midlertidige avtalte utvidelser, er derfor noe modifisert. Det presiseres i forarbeidene at eksempelvis typiske ekstravakter ikke kan konstrueres som «enkelstående midlertidige ansettelses» for å omgå bestemmelsen.¹³⁰ I det følgende er spørsmålet hvorledes

¹²⁷ TLN-2019-23, s. 4.

¹²⁸ Se avhandlingens pkt. 6.2.4. flg.

¹²⁹ Prop.83 L (2012–2013), s. 86.

¹³⁰ Prop.83 L (2012–2013), s. 86.

grensedragningen mellom midlertidige avtalte utvidelser og enkeltstående midlertidige ansettelse utvidelser skal forstås.

Enkeltstående midlertidige ansettelse sikter til situasjoner hvor arbeidsgiver gjentatte ganger, enten på forhånd eller i etterkant, oppretter midlertidige ansettelsesavtaler for kortere tidsperioder. Dette gjelder for eksempel midlertidig arbeidsavtale med en tidsbegrenset varighet på én måned som gjentas flere måneder på rad. Eventuelt kan avtalene gjelde for enkelte vakter, og avtales i forkant eller etterkant av hver enkelt vakt. Grensedragningen er likevel ikke helt klar, slik at hver midlertidig stillingsutvidelse må vurderes konkret. Det sentrale i vurderingen av hvorvidt man står overfor en midlertidig avtalt utvidelse, er etter forarbeidene arbeidets varighet og dets karakter av å dekke en «merarbeidssituasjon/om det fremstår som ekstraarbeid».¹³¹

Tvist etter aml. § 14-4 a har ikke vært behandlet av Høyesterett, men har vært tema for lagmannsretten og tingretten. I mangel på Høyesterettspraksis, vil underrettspraksis benyttes som illustrasjonsmateriale for hvorledes grensedragningen skal fastsettes i en konkret sak.

I avgjørelsen LB-2018-42779 bemerket lagmannsretten at ikke enhver avtale om midlertidig utvidelse av stilling kan avskjære arbeidstakers krav om utvidet stilling etter aml. § 14-4 a. Etter en gjennomgang av faktum i saken uttalte lagmannsretten i tråd med forarbeidene at;

«(...) Det fremgår av fremlagt oversikt over utført arbeid, at merarbeidet var knyttet til fravær fra åtte ulike medarbeidere i perioden, og at det var fordelt jevnt ut over perioden. Merarbeidet [har] etter lagmannsrettens oppfatning mer karakter av å være «'ekstravakter' utover avtalen» enn en avtalt «utvidelse av stillingen i form av en midlertidig ansettelseskontrakt. (...)»¹³²

Basert på lagmannsrettens uttalelse må grensedragningen mellom hva som skal anses som enkeltstående midlertidige ansettelse og midlertidige avtalte utvidelser, avgjøres ut fra det reelle innholdet i stillingsutvidelsen. Unntakstilfellet avgrenses således mot proforma avtaler. Lagmannsrettens vurdering viser at et sentralt moment ved vurderingen av utvidelsens reelle innhold, vil være hensikten bak den midlertidige utvidelsen.

¹³¹ Prop.83 L (2012–2013), s. 86.

¹³² LB-2018-42779, Lagmannsrettens bemerkninger, spørsmålet om fast ansettelse i 80% stilling, avsnitt 6, sjettede setning flg.

Avgjørelse inntatt i TBERG-2017-117191 – TBERG-2017-161921 ved Bergen tingrett illustrerer også grensedragningen. Saken omhandlet to deltidsansatte (A og B) i Vinmonopolet, ansatt i henholdsvis 58,67% og 49,33% stilling. Begge arbeidstakerne opplevde at de over tid arbeidet utover avtalt stillingsprosent og krevde rett til utvidet stilling etter aml. § 14-4 a. Begge arbeidstakerne fremsatte krav om utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, men fikk avslag fra arbeidsgiver.

Både for A og B sitt vedkommende, kunne arbeidsgiver dokumentere at det forelå tidsbegrensede arbeidsavtaler for alt merarbeidet A og B hadde utført. Spørsmålet for retten var om det forelå reelle midlertidige utvidelser av stillingene eller om avtalene fremsto som oppkonstruerte for å omgå aml. § 14-4 a.

Etter tingrettens syn, fremsto de midlertidige arbeidsavtalene som «kortvarig tilleggsløst arbeid».¹³³ Disse var begrunnet annerledes enn et lengre, konkret vikariat for andre kollegaer, slik som forarbeidene først og fremst viste til.¹³⁴ Videre bemerket retten at avtalene nesten alltid ble inngått enten mens merarbeidet foregikk eller like etter at det var gjennomført. På denne bakgrunn konstaterte retten at merarbeidet som de ansatte hadde utført bar preg av å være typiske ekstravakter. Rettens konklusjon var derfor at arbeidsgivers dokumentasjon på at det forelå tidsbegrensede arbeidsavtaler ikke kunne avskjære arbeidstakers rett til utvidet stilling.

I likhet med lagmannsrettens avgjørelse, illustrerer dommen at grensedragningen må foretas konkret, ut fra hva som er det reelle innholdet i den midlertidige utvidelsen. Hvorvidt utvidelsen fremstår som en forhåndsavtalt vikarstilling eller om avtalen reelt sett er en avtale om å utføre enkeltstående ekstravakter vil være sentralt.

Rettskildene som er gjennomgått hittil viser at det sentrale for fastleggelsen av grensedragningen er hva som reelt sett er formålet bak og innholdet i stillingsutvidelsen. Til tross for at underrettspraksis ikke har betydelig vekt som rettskilde, viser lagmannsrettens- og tingrettens vurdering at grensedragningen foretas basert på like slutninger fra forarbeidene. Underrettspraksis viser således at uttalelsen i forarbeidene må tas på ordet.

¹³³ TBERG-2017-117191 – TBERG-2017-161921, pkt. 4.3.1, avsnitt 6.

¹³⁴ TBERG-2017-117191 – TBERG-2017-161921, pkt. 4.3.1, avsnitt 6.

Den overnevnte avgjørelse som ble brakt inn for Bergen tingrett, ble først behandlet i Tvisteløsningsnemnda. Om grensedragningen mellom midlertidige utvidelse av stilling og reelt merarbeid uttaler nemnda at;

«Arbeidet etter avtalene er utført på grunn av ferie eller sykdom og det er i ettertid oppført hvem som har vært syk/hatt ferie. Arbeidet fremstår for nemnda som ekstravakter som dekker en merarbeidssituasjon og nemnda finner derved at vaktene etter alle disse midlertidige avtalene skal tas med i beregningsgrunnlaget.»¹³⁵

Tvisteløsningsnemndas avgjørelse illustrerer at nemnda i likhet med underrettene, forstår forarbeidene slik at det må foretas en konkret vurdering i hver enkelt sak, hvor det tas utgangspunkt i det reelle innholdet av den midlertidige stillingsutvidelsen.

Rettskildene taler samlet sett for at utgangspunktet for grensedragningen er det reelle formålet bak og innholdet i stillingsutvidelsen. Det er dermed uten betydning at de midlertidige utvidelsene formelt sett er forhåndsavtalte.

Delkonklusjonen er derfor at arbeidstaker ikke er avskåret fra å kreve rett til utvidet stilling ved inngåelse av *enhver* midlertidig ansettelsesavtale. Grensedragningene må foretas konkret i hver enkelt sak. Det skal særlig legges vekt på formålet bak utvidelsen, utvidelses lengde og hva som er det reelle innholdet av den midlertidige stillingsutvidelsen. Det er uten betydning at de midlertidige utvidelsene formelt sett, anses som avtale om midlertidig utvidelse.

Konklusjonen er at nemndas tolkning av unntaket for midlertidige avtalte utvidelser er i tråd med gjeldende rett.

6.4 Konklusjon og oppsummering

Konklusjonen på kapittelets hovedproblemstilling er todelt. Tvisteløsningsnemndas lovtolkning av aml. § 14-4 a synes på endel punkter å ikke være i tråd med gjeldende rett. Nemndas lovtolkning av vilkårene som drøftes i pkt. 6.2 er imidlertid klart i tråd med gjeldende rett.

Vilkåret «arbeid utover avtalt arbeidstid» inneholder flere krevende avgrensninger. Bestemmelsen inneholder ingen kvantitative avgrensninger, slik at alle arbeidstimer utover

¹³⁵ TLN-2017-143, s. 4.

avtalt arbeidstid anses som merarbeid og skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Tvisteløsningsnemndas praksis er på dette punkt i tråd med gjeldende rett.

Vilkåret må i utgangspunktet kvalitativt avgrenses opp mot de arbeidsoppgaver som arbeidstaker utfører i kraft av arbeidsavtalen. På denne bakgrunn kan ikke planlagte vakter omfattes av lovens ordlyd. Tvisteløsningsnemndas lovtolkning ved vurderingen av planlagte vakter er i tråd med gjeldende rett.

Videre er påkrevd kurs og etterutdanning, samt kurs og etterutdanning i regi av arbeidsgiver omfattet av begrepet arbeid. Tvisteløsningsnemndas praksis ved vurderingen av kurs og etterutdanning i regi av arbeidsgiver er i tråd med gjeldende rett. Frivillig kurs og etterutdanning faller imidlertid utenfor bestemmelsens anvendelsesområde.

Når det gjelder underkvalifisert arbeid, er rettskildene sparsomme og lite avklarende. Gode grunner taler imidlertid for at lovbestemmelsen ikke kommer til anvendelse for underkvalifisert arbeid. Drøftelsene av «underkvalifisert arbeid» viser at Tvisteløsningsnemndas lovtolkning i beste fall er tvilsom og i verste fall ikke er i tråd med det som faller inn under «arbeid utover avtalt arbeidstid». Spørsmålet er imidlertid uavklart, og konklusjonen er ikke helt klar.

Uavhengig av hvilket arbeid og hvor mange timer som arbeidstaker utfører, kan imidlertid midlertidige avtalte stillingsutvidelser ikke anses som arbeid. Unntaket her er situasjoner hvor arbeidsgiver oppkonstruerer enkeltstående midlertidige utvidelser.

7 Tvisteløsningsnemndas kompetanse etter aml. § 14-4 a

7.1 Oversikt

Lovhjemmel for nemndas kompetanse til å avgjøre tvist etter aml. § 14-4 a fremgår av aml. § 17-2. Utgangspunktet for Tvisteløsningsnemndas kompetanse til å avgjøre tvist etter aml. § 14-4 a må, i likhet med nemndas kompetanse etter aml. § 14-3, være at dets kompetanse er begrenset til å avgjøre tvistesporsmål som fremgår av *lovens ordlyd*.¹³⁶

¹³⁶ Se avhandlingens kapittel 5.

En gjennomgang av Tvisteløsningsnemndas praksis viser at nemnda er av den oppfatning at aml. § 14-4 a regulerer mer enn lovens ordlyd tilsier.¹³⁷ På denne måten har nemnda vurdert at dets kompetanse strekker seg videre enn ordlyden. Problemstillingen er således hvilke tvister som ligger innenfor rammen av Tvisteløsningsnemndas lovbestemte kompetanse å avgjøre i relasjon til aml. § 14-4 a. Drøftelsen tar for seg enkelte kompetansespørsmål som synes tvilsomme.

7.2 Fastleggelse av stillingsprosent

Problemstillingen er hvorvidt Tvisteløsningsnemnda har kompetanse til å fastsette stillingsprosent. Tvisteløsningsnemndas kompetanse er uttømmende regulert gjennom aml. § 17-2 første ledd, som bestemmer at nemnda har kompetanse til å avgjøre «tvist som nevnt i (...) aml. § 14-4 a». Av ordlyden i aml. § 17-2 første ledd kan det utledes at nemndas kompetanse er positivt avgrenset til å avgjøre tvist etter aml. § 14-4 a. Spørsmålet beror således på en vurdering av hvorvidt aml. § 14-4 a regulerer fastsettelse av stillingsprosent.

Ordlyden i aml. § 14-4 a gir anvisning på at bestemmelsen regulerer hvorvidt vilkårene for å utøve rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid er oppfylt.¹³⁸ Ordlyden i aml. § 14-4 a gir imidlertid ikke anvisning på at bestemmelsen regulerer fastsettelse av stillingsprosent. Manglende klarhet i lovteksten, kan tale for at aml. § 14-4 a ikke regulerer fastsettelse av stillingsprosent, slik at nemndas kompetanse heller ikke omfatter dette.

Lovens forarbeider er tvetydige. Det uttrykkes først at «Departementet vil imidlertid påpeke at bestemmelsen vil fordre at et spesifikt stillingsomfang blir fastsatt.» og videre at «det [vil] være opp til partene å stipulere stillingsstørrelsen i samsvar med merarbeidet i den aktuelle perioden. Dersom partene ikke blir enige kan tvisten bringes inn for Tvisteløsningsnemnda for avgjørelse.»¹³⁹ Forarbeidene forstås slik at avgjørelse etter aml. § 14-4 a, også innebærer fastsettelse av stillingsprosent og at slik tvist kan bringes inn for avgjørelse i nemnda.

Videre i lovproposisjonen, under punkt som omhandler «Tvisteløsningsnemnda og rettsvirkninger ved brudd på bestemmelsen», uttrykkes det at nemndas kompetanse knytter seg til «hvorvidt vilkårene i bestemmelsen er oppfylt».¹⁴⁰ Videre uttrykkes det at «Dersom

¹³⁷ Se eksempelvis TLN-2016-29, TLN-2018-96, TLN-2020-60.

¹³⁸ Se avhandlingens pkt. 6.2. flg.

¹³⁹ Prop.83 L (2012–2013), s. 78.

¹⁴⁰ Prop.83 L (2012–2013), s. 79.

domstolen kommer til at vilkårene for rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid er til stede, skal domstolen etter påstand fra arbeidstaker avsi dom for slik stilling, jf. forslag til ny § 14-4 b». På denne bakgrunn er det til dels uklart hva lovgiver faktisk har ment at skal være nemndas kompetanse. Forarbeidene gir derfor ikke særlig holdepunkter for hvorvidt aml. § 14-4 a regulerer fastsettelse av stillingsprosent eller ikke.

Dersom aml. § 14-4 a ikke kan tolkes slik at bestemmelsen regulerer fastsettelse av stillingsprosent, vil nemndas avgjørelser ofte være lite tilfredsstillende for partene. Dette fordi det omtvistede i saken ofte vil knytte seg til hvilken stillingsprosent den deltidsansatte faktisk skal ha.¹⁴¹ Hensynet til at tvisten får sin endelige løsning i nemnda, taler derfor med tyngde for at ordlyden i aml. § 14-4 a første ledd skal tolkes utvidende, slik at nemndas kompetanse også omfatter avgjørelse av tvist om fastsettelse av stillingsprosent.

Videre har Arbeids- og sosialdepartementet uttalt seg om rammene for nemndas kompetanse i tilknytning til fastsettelse av stillingsprosent.¹⁴² Departementet har i tolkningsuttalelsen uttrykt at det ved lovfesting av aml. § 14-4 a var en «klar forutsetning at nemndas rolle både skal være å ta stilling til om vilkårene etter loven er oppfylt og å fastsette størrelse på en ev. stillingsutvidelse».¹⁴³ Videre pekte departementet på at en «annen løsning ofte ville være helt utilfredsstillende for partene». Departementets uttalelse trekker i retning av at aml. § 14-4 a må tolkes slik at bestemmelsen også regulerer fastsettelse av stillingsstørrelse. På denne måten vil nemndas kompetanse også omfatte fastsettelse av stillingsprosent. En uttalelse fra departementet har imidlertid ikke selvstendig rettsnormerende kraft, og kan dermed ikke legges til grunn for hvorledes spørsmålet skal løses.

Dersom lovgiver faktisk har ment at nemndas kompetanse skal omfatte mer enn det som kommer til uttrykk i ordlyden i aml. § 14-4 a, må det være opp til lovgiver og ikke departementet, å foreta en slik lovendring.

Videre er det tilsynelatende aml. § 14-4 b første ledd som rent faktisk regulerer fastsettelse av stillingsprosent. Bestemmelsen i sin helhet regulerer *virkinger* av brudd på aml. § 14-4 a og har derfor relevans for spørsmålet. Det fremgår av bestemmelsens ordlyd at dersom «retten» kommer til at vilkårene i aml. § 14-4 a er oppfylt, «skal retten etter påstand fra den

¹⁴¹ Se eksempelvis TLN-2020-60 og TLN-2019-119.

¹⁴² Brev av 26.06.2015 fra Tvisteløsningsnemnda til Arbeids- og sosialdepartementet, s. 1.

¹⁴³ Brev av 30.09.2015 fra Arbeids- og sosialdepartementet til Tvisteløsningsnemnda, s. 2.

deltidsansatte avsi dom for ansettelse i slik stilling». Den konkrete virkningen retten skal avsi dom for, er «ansettelse i slik stilling». Ordlyden kan synes noe misvisende, ettersom at det ikke er tale om *ny* ansettelse i stilling, men heller utvidelse av stillingsstørrelse og eventuelt utvidelse av arbeidsoppgaver som kan utvides etter aml. § 14-4 a.¹⁴⁴ Ordlyden «ansettelse i slik stilling» må tolkes slik at retten skal *avsi dom for utvidet stillingsprosent*. Dette legges også til grunn i bestemmelsens forarbeider.¹⁴⁵ På denne bakgrunn er det klart at aml. § 14-4 b regulerer fastsettelse av stillingsprosent.

Bestemmelsens forarbeider uttrykker at «Dersom domstolen kommer til at vilkårene for rett til stilling tilsvarende faktisk arbeidstid er til stede, skal domstolen etter påstand fra arbeidstaker avsi dom for slik stilling, jf. forslag til ny § 14-4 b».¹⁴⁶ Forarbeidene taler for at virkninger av brudd på reglene om rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid, herunder fastsettelse av stillingsprosent, skal avgjøres av *domstolene* og ikke av Tvisteløsningsnemnda. Slik aml. § 14-4 b forstås, taler bestemmelsen for at det er aml. § 14-4 b som regulerer fastsettelse av stillingsprosent. Videre er det domstolen og ikke tvisteløsningsnemnda som kan avsi dom etter bestemmelsen. Sammenhengen i regelverket taler således motsetningsvis for at aml. § 14-4 a ikke regulerer fastsettelse av stillingsprosent, slik at Tvisteløsningsnemndas kompetanse ikke omfatter fastsettelse av stillingsprosent jf. aml. § 17-2.

En slik forståelse av sammenhengen i regelverket synes også å være lagt til grunn i rettspraksis. Forholdet mellom aml. §§ 14-4a og 14-4 b har ikke direkte vært tema i rettspraksis, men Høyesterett har tolket forholdet mellom aml. §§ 14-3 og 14-4, slik at vurderingen kan få overføringsverdi til spørsmålet her. Høyesteretts ankeutvalg har i HR-2019-2104-U blant annet uttalt i relasjon til aml. § 14-3 jf. § 14-4 at;

«Arbeidsmiljøloven § 17-2 andre ledd, jf. første ledd, angir altså at en tvist som nevnt i § 14-3 *ikke* kan bringes inn for domstolene før det foreligger en avgjørelse fra Tvisteløsningsnemnda. Det følger derimot motsetningsvis av § 17-2 første ledd, at

¹⁴⁴ Se avhandlingens pkt. 6.3.

¹⁴⁵ Prop.83 L (2012–2013), s. 87.

¹⁴⁶ Prop.83 L (2012–2013), s. 79.

nemnda *ikke* har kompetanse til å ta stilling til krav om erstatning etter arbeidsmiljøloven § 14-4 andre ledd». ¹⁴⁷

Dommen kan tas til inntekt for at aml. § 17-2 første ledd må forstås slik at Tvisteløsningsnemnda ikke har kompetanse til å vurdere virkningene av brudd på reglene om fortrinnsrett som er hjemlet i aml. § 14-4. Bestemmelsene om virkninger av brudd på aml. §§ 14-3 og 14-4 a har den samme språklige utformingen. Dommen trekker derfor i retning av at de ytre grensene for nemndas kompetanse må forstås på samme måte etter begge bestemmelsene. Det tilsier at nemndas kompetanse til å avgjøre tvist etter aml. § 14-4 a ikke omfatter fastsettelse av stillingsprosent, ettersom fastsettelse av stillingsprosent ikke er hjemlet i aml. § 14-4 a.

I senere saker har Tvisteløsningsnemnda etter Arbeids- og sosialdepartementets uttalelser, lagt avgjørende vekt på den ene uttalelsen i forarbeidene til aml. § 14-4 a første ledd. ¹⁴⁸ På denne bakgrunn har nemnda tolket aml. § 14-4 a andre ledd jf. aml. § 17-2 første ledd dithen at nemndas kompetanse også omfatter fastsettelse av stillingsstørrelse ved avgjørelse av tvist om rett etter aml. § 14-4 a første ledd. ¹⁴⁹ Siden nemndas vurdering bygger på en tolkningsuttalelse som ikke kan tillegges særlig vekt, kan heller ikke nemndas praksis ukritisk legges til grunn.

Oppsummert er rettskildene noe sprikende. På den ene siden taler ordlyden i aml. § 14-4 a og aml. § 14-4 b samt rettspraksis for at nemndas kompetanse ikke omfatter fastsettelse av stillingsprosent. På den annen side taler hensynet til at tvisten skal få sin endelige løsning i kombinasjon med departementets uttalelse og nemndas praksis, for at aml. § 14-4 a også regulerer fastsettelse av stillingsprosent. Bestemmelsens ordlyd, sett i sammenheng med aml. § 14-4 b og rettspraksis, bør likevel veie tyngst. På denne bakgrunn må det være rettskildemessig dekning for å hevde at aml. § 14-4 a ikke hjemler fastsettelse av stillingsprosent, slik at nemndas kompetanse ikke omfatter slike tvistesporsmål. Konklusjonen er derfor at Tvisteløsningsnemnda ikke har kompetanse til å fastsette stillingsprosent.

¹⁴⁷ HR-2019-2104-U, premiss 12.

¹⁴⁸ Se tidligere redegjørelse for uttalelsene i Prop.83 L (2012–2013), s. 78.

¹⁴⁹ TLN-2016-29, på s. 3.

7.3 Innfortolkning av nye krav, som ikke fremgår av lovens ordlyd

Ordlyden til aml. § 14-4 a første ledd stiller ingen krav til arbeidsgivers saksbehandling, hverken i forkant av at krav fremsettes, eller under prosessen når arbeidsgiver skal vurdere om arbeidstaker har rett på utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.

Tvisteløsningsnemndas praksis viser at nemnda innfortolker nye krav til arbeidsgivers saksbehandling som ikke fremgår av ordlyden i aml. § 14-4 a.¹⁵⁰ Når lovens ordlyd ikke inneholder krav til arbeidsgivers saksbehandling, og heller ikke andre rettskilder kan tale for at lovbestemmelsen skal forstås slik at det stilles visse krav til arbeidsgivers saksbehandling, vil Tvisteløsningsnemndas avgjørelser i praksis anses som utvikling av gjeldende rett.

I det følgende vil det drøftes hvorvidt nemndas kompetanse omfatter utvikling av gjeldende rett, nærmere bestemt innfortolkning av saksbehandlingskrav i lovens ordlyd.

Verken ordlyden i aml. § 17-2 første ledd eller forarbeidene trekker i retning av at nemnda har kompetanse til å utvikle gjeldende rett.

På andre områder hvor det oppstilles påbud/saksbehandlingskrav i arbeidsmiljøloven, kommer dette eksplisitt til uttrykk i lovteksten. Eksempelvis bestemmer aml. § 15-7 at arbeidstaker «ikke kan sies opp uten at det er saklig begrunnet(...)». Bestemmelsen gir arbeidstaker vern mot usaklig oppsigelse, og stiller krav til at arbeidsgiver på en saklig måte skal begrunne oppsigelsen. Lovbestemmelsen oppstiller på denne måten et eksplisitt krav til arbeidsgivers saksbehandling ved oppsigelse. Aml. § 15-7 gir domstolen adgang til å overprøve hvorvidt arbeidstaker er sagt opp på usaklig grunnlag. Innholdet i saklighetskravet i aml. § 15-7 er utviklet gjennom rettspraksis.

Se Rt. 2009 s. 685, hvor retten uttalte seg om innholdet i saklighetskravet og bemerket at: «spørsmålet er om det etter en samlet avveining av begge parter behov, anses rimelig og naturlig at arbeidsforholdet bringes til opphør. Terskelen for å si opp en ansatt er høy, og arbeidsgiver må kunne vise til gode grunner.»¹⁵¹

Lovens øvrige system taler heller ikke for at Tvisteløsningsnemndas kompetanse omfatter en utvikling av gjeldende rett. Spørsmålet har ikke vært tema i rettspraksis.

¹⁵⁰ Se avhandlingens pkt. 6.3.4.3, hvor det avslutningsvis drøftes hvorvidt aml. § 14-4 a inneholder en slik regel.

¹⁵¹ Rt. 2009 s. 685, premiss 52.

I Rt. 1992 s. 1039 kom Høyesterett frem til at *domstolen* ikke hadde adgang til å innfortolke saksbehandlingskrav til arbeidsgiver i en lovbestemmelse som omhandlet fortrinnsrett etter aml. § 14-2.¹⁵² Dette på bakgrunn av at domstolen sto overfor vanskelige avveininger mellom arbeidsgivers og arbeidstakers interesser. Høyesterett uttalte derfor at dersom en slik regel «skal pålegge arbeidsgiveren en plikt (...) må det (...) kreves holdepunkter i loven for å legge en slik ytterligere plikt på arbeidsgiveren».¹⁵³

Dommen tas til inntekt for at domstolen ikke kan utvikle rettstilstanden ved å innfortolke nye krav i lovens ordlyd. Det må derfor være lovgivers oppgave å eventuelt implementere et slikt krav i loven. Tvisteløsningsnemnda har i likhet med domstolen ikke lovgivningsmyndighet. Som et forvaltningsorgan må derfor Tvisteløsningsnemnda være helt avskåret fra en slik kompetanse.

Oppsummert taler ordlyden, forarbeidene, lovens øvrige system og rettspraksis med styrke for at Tvisteløsningsnemnda ikke har myndighet til å utvikle gjeldende rett. Konklusjonen er at Tvisteløsningsnemnda ikke har kompetanse til å innfortolke nye krav, når dette ikke fremgår av lovens ordlyd.

7.4 Konklusjon og oppsummering

Drøftelsene i kapittel 8 viser at nemndas kompetanse synes begrenset til å avgjøre tvist om vilkår som fremgår av *ordlyden* i aml. § 14-4 a. Dette innebærer at nemndas kompetanse hverken omfatter fastsettelse av stillingsbrøk eller innfortolkning av nye krav i bestemmelsens ordlyd. Tvisteløsningsnemndas kompetanse strekker seg dermed ikke så langt at nemnda kan utvikle gjeldende rett. Det er dermed opp til lovgiver å utvikle lovbestemmelsens innhold, herunder fastsette saksbehandlingskrav for arbeidsgiver i medhold av aml. § 14-4 a.

¹⁵² Rt. 1992 s. 1039, særlig s. 1044.

¹⁵³ Rt. 1992 s. 1039 på s. 1044.

8 Er tvist etter aml. §§ 14-3 og 14-4 a hensiktsmessig å behandle i Tvisteløsningsnemnd?

Innledningsvis reiste jeg spørsmål om Tvisteløsningsnemndas avgjørelser er i tråd med gjeldende rett og hvilke konkrete tvister som ligger innenfor rammen av Tvisteløsningsnemndas lovbestemte kompetanse å avgjøre. Lovbestemmelsene og nemndspraksis som er belyst og drøftet i oppgaven gir særlig innblikk i sentrale utfordringer som oppstår i den forbindelse. Dette kan reise spørsmål ved hvorvidt det er hensiktsmessig å behandle tvist etter aml. §§ 14-3 og 14-4 a i Tvisteløsningsnemnd, fremfor at slike saker behandles direkte for domstolene.¹⁵⁴ Spørsmålet vil drøftes i det følgende.

Å bringe tvist inn til behandling i Tvisteløsningsnemnda er gratis og partene trenger ikke møte til rettsmøte.¹⁵⁵ Partene leverer heller inn skriftlige forklaringer som gir uttrykk for deres synspunkter i saken.¹⁵⁶ Når skriftlig forklaring skal utarbeides, kan partene ikke pålegges å benytte prosessfullmektig.¹⁵⁷ Dette betyr at partene har mulighet til å gå gjennom hele prosessen med nemndsbehandling uten å pådra seg noen form for kostnader. På denne måten er nemndsbehandling i praksis tilgjengelig for «alle» borgere, kontra domstolsbehandling som ofte vil være økonomisk byrdefullt for partene. Dette taler i utgangspunktet for at behandling av tvist i Tvisteløsningsnemnda er en hensiktsmessig form for tvisteløsning. For at avgjørelse i Tvisteløsningsnemnda skal være hensiktsmessig, er det imidlertid flere andre premisser som bør være oppfylt.

For det *første* bør Tvisteløsningsnemndas avgjørelser ha tilstrekkelig kvalitet. Kvaliteten er nødvendig for at nemnda skal ivareta borgernes krav på rettssikkerhet og videre ha tilstrekkelig tillit i samfunnet som tvisteløsningsorgan. Funnene som er gjort i avhandlingen viser imidlertid at nemndas begrunnelser for avgjørelsene på enkelte områder ikke bygger på overbevisende tolkninger av primære rettskilder. Tvisteløsningsnemnda synes ved tolkningen av rettskildene å legge uforholdsmessig mye vekt på det nemnda oppfatter som rimelig i den konkrete saken.

¹⁵⁴ Dersom en part fremmer søksmål for tingretten, må tvisten i utgangspunktet først behandles i forliksrådet jf. tvl. § 6-2 jf. § 4-2.

¹⁵⁵ Prop.80 L (2016-2017), s. 18

¹⁵⁶ Se avhandlingens pkt. 2.1.

¹⁵⁷ I motsetning til søksmål for domstolen jf. tvl. § 3-2.

Bakgrunnen for noe lav kvalitet på innholdet i nemndas begrunnelser kan dels skyldes nemndas arbeidsmengde. Hvert år blir flere hundre saker brakt inn for nemndsbehandling, slik at nemndas arbeidspress er stort. Statistikk fra 2019 viser at nemnda behandlet 182 saker, mens nemnda hittil i 2020 har behandlet 165 saker.¹⁵⁸ Medlemmene i nemnda har fulltidsstillinger på andre arbeidsplasser, slik at nemndas totale arbeidsbelastning muligens kan gå utover kvaliteten på hvert enkelt vedtak. Dette er uheldig og taler for at nemndsbehandling av tvist etter aml. §§ 14-3 og 14-4a kan være uhensiktsmessig. Det bør imidlertid være en forholdsvis enkel sak å tilføre flere medlemmer til nemnda, slik at kvaliteten på hvert enkelt vedtak kan bedres.

Til dels kan også kvaliteten på nemndas begrunnelser skyldes at det stilles lempeligere krav til begrunnelse etter forvaltningsloven § 25 enn for begrunnelse for rettsavgjørelser etter tvl. § 19-6. Tvl. § 19-6 stiller blant annet krav til at domstolen i sin begrunnelse skal «gjøre rede for den bevisvurdering og rettsanvendelse avgjørelsen er bygd på (...)».¹⁵⁹ Forvaltningslovens § 25 stiller ikke lignende krav til at Tvisteløsningsnemnda viser til den konkrete rettsanvendelsen, herunder en tolkning av lovbestemmelsene, i sine begrunnelser. Lovtolkningsfeil vil derfor lettere kunne skje dersom nemnda ikke er bevisst sin rettsanvendelsesprosess. Dette er også en ulempe ved at Tvisteløsningsnemnda er et forvaltningsorgan og følger forvaltningslovens saksbehandlingsregler.

For det *andre* viser drøftelsene av gjeldende rett at hverken lovbestemmelsenes ordlyd eller forarbeider synes å avklare sentrale rettslige spørsmål som lovbestemmelsen reiser. Lovforberedelsen synes fra lovgivers side derfor noe forhastet. Særlig gjelder dette lovforberedelsen bak aml. § 14-4 a. Lovverket inneholder derfor betydelige svakheter. Det får som konsekvens at Tvisteløsningsnemnda må utvise betraktelig grad av skjønn ved avgjørelser av tvist etter aml. §§ 14-3 og 14-4 a. Slik skjønnsutøvelse bør i utgangspunktet være opp til domstolene og ikke en Tvisteløsningsnemnd.

For det *tredje* viser drøftelsene av rammene for Tvisteløsningsnemndas kompetanse at nemndsbehandling i realiteten ikke alltid bidrar til å avgjøre tvist på en slik måte som arbeidstaker har behov for. En uheldig side ved utformingen av de ytre rammene for

¹⁵⁸ Nemndene.no, søk i vedtak fra 2020 og 2019, <https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/vedtak-tvistelosningsnemnda/> (lest 15. desember 2020).

¹⁵⁹ Tvl. § 19-6 femte ledd.

kompetanse er at Tvisteløsningsnemnda er avskåret fra å avsi dom for virkninger av brudd på reglene om fortrinnsrett.¹⁶⁰ Nemnda kan derfor hverken avsi dom for ansettelse i stilling eller dom for erstatning.¹⁶¹ Tvisteløsningsnemndas avgjørelser i relasjon til § 14-3 får således ingen direkte virkninger for partene i tvisten. For arbeidstaker vil dette ha den konsekvens at arbeidstaker er avhengig av at arbeidsgiver innretter seg etter avgjørelse fra nemnda om at reglene om fortrinnsrett er brutt. Utformingen av regelverket forutsetter et tillitsforhold mellom nemnd og arbeidsgiver, slik at arbeidsgiver ansetter arbeidstaker i den omtvistede stillingen på eget initiativ, eventuelt tilkjenner arbeidstaker erstatning.

Det må imidlertid bemerkes at Tvisteløsningsnemndas kompetanse i slike saker har en selvstendig verdi for det tilfellet at arbeidsgiver bare har avslått krav om utøvelse av fortrinnsrett, men hvor arbeidsgiver enda ikke har ansatt en annen arbeidstaker i den omtvistede stillingen. Videre har også nemndas avgjørelser av tvist også selvstendig verdi, dersom arbeidsgiver faktisk innretter seg etter vedtakene. Som departementet også har påpekt, synes det som at «Tvisteløsningsnemnda og dens avgjørelser gjennomgående har hatt stor autoritet i arbeidslivet».¹⁶²

Ved avgjørelse av tvist etter aml. § 14-4 a får nemndas kompetanse en litt annen virkning. Tvisteløsningsnemnda har kompetanse til å avsi dom for at deltidsansatt arbeidstaker har rett på utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid.¹⁶³ En slik avgjørelse vil derfor ha direkte virkning overfor arbeidsgiver. Siden avgjørelse fra nemnda kan fullbyrdes etter de samme reglene som gjelder for rettsavgjørelser må arbeidsgiver innrette seg etter arbeidstakers rett på utvidet stilling.

Det problematiske i relasjon til aml. § 14-4 a er at gjeldende rett ikke er helt avklart hva gjelder om nemnda faktisk har kompetanse til å fastsette en konkret stillingsprosent. Forutsatt at nemnda ikke har kompetanse til å fastsette en konkret stillingsprosent vil arbeidsgiver i større grad kunne velge hvor stor grad arbeidsgiver skal innrette seg etter vedtaket. Dette på bakgrunn at arbeidsgiver og arbeidstaker i slike tilfeller må bli enige om hvorledes den

¹⁶⁰ Se avhandlingens kapittel 7.

¹⁶¹ Aml. § 14-4 første og annet ledd.

¹⁶² Prop.57 L (2017–2018), s. 17.

¹⁶³ Se avhandlingens pkt. 7.1.

utvidede stillingen skal beregnes, ut fra de arbeidstimer som nemnda har bestemt skal inngå i beregningsgrunnlaget.

Et annet viktig hensyn er at nemndsbehandling er tilgjengelig for alle borgere og dermed anses som et gode for samfunnet ved at mange tvister får sin løsning der. Videre er likhet for loven et viktig prinsipp i norsk rett. Som tidligere vist behandler nemnda mange saker om fortrinnsrett og rett til utvidet stilling tilsvarende faktisk arbeidstid etter aml. §§ 14-3 og 14-4a hvert eneste år.¹⁶⁴ På denne måten bidrar behandling i Tvisteløsningsnemnda til å skape rettssikkerhet ved at det blir avgjort mange saker på et begrenset område som gjør at praksisen i større grad blir lik. Dette er et viktig og tungtveiende argument for at nemndsbehandling av tvist etter aml. §§ 14-3 og 14-4 a er hensiktsmessig.

Samlet sett må behandling av tvist etter aml. §§ 14-3 og 14-4 a anses som hensiktsmessig å behandle i Tvisteløsningsnemnda. Det kan imidlertid bemerkes at ordningen med Tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven på flere måter kan nyte godt av at ytterligere tiltak for å ivareta nemndas oppgave som tvisteløsningsorgan iverksettes.

Eksempelvis kan et tettere samarbeid med den dømmende makt være et slikt tiltak. Dersom domstolen får adgang til å sikre kvaliteten på nemndas behandling av tvistesaker gjennom et tettere samarbeid, kan nemndas oppgave som tvisteløsningsorgan realiseres fullt ut. Videre pekes det særlig på det ansvaret som ligger hos lovgiver. Lovgiver bør utforme lovbestemmelsene på en måte som gjør at bestemmelsene er enklere å praktisere. På denne måten vil Tvisteløsningsnemndas oppgave som tvisteløsningsorgan bli betydelig enklere og anvendelsen av lovbestemmelsene by på mindre grad av tolkningstvil.

Avslutningsvis kan det bemerkes at tesen som ble oppstilt i avhandlingens kapittel 1 kan besvares bekreftende. Det er ikke bare for det tilfellet som Høyesterett vurderte i 2016 at nemnda har tolket en lovbestemmelse feil. En sammenligning av nemndas praksis og gjeldende rett, har også bekreftet at Tvisteløsningsnemndas avgjørelser på andre områder ikke alltid er i overenstemmelser med arbeidsmiljøloven.

¹⁶⁴ Se avhandlingens pkt. 1.2.

Kildeliste

Norske lover og forskrifter

Lov 10. februar 1967 om behandlingssåten i forvaltningssaker (forvaltningsloven – fvl.).

Lov 2. juli 1999 nr. 64 om helsepersonell m.v. (helsepersonelloven – hpl.)

Lov 17. juni 2005 nr. 62 om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven - aml.).

Lov 17. juni 2005 nr. 90 om mekling og rettergang i sivile saker (tvisteloven – tvl.).

Lov 16. juni 2017 nr. 67 om statens ansatte mv. (statsansatteloven).

Forskrift av 16. desember 2005 nr. 1567, om unntak fra arbeidsmiljøloven for visse typer arbeid og arbeidstakergrupper.

Forskrift 16. desember 2005 nr. 1569, om tvisteløsningsnemnd etter arbeidsmiljøloven.

Norske lovforarbeider, utredninger og etterarbeider

NOU 2004: 5 Arbeidslivslovutvalget, Et arbeidsliv for trygghet, inkludering og vekst.

Innst. O. nr. 100 (2004-2005) (ikke tilgjengelig på lovdata):

<https://www.stortinget.no/no/Saker-og-publikasjoner/Publikasjoner/Innstillinger/Odelstinget/2004-2005/inno-200405-100/?l=0>,

(lest 14. des. 2020).

Ot.prp. nr. 49 (2004-2005) om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven).

Prop.83 L (2012-2013) Endringer i arbeidsmiljøloven mv. (søksmålsrett for fagforeninger mv., overtredelsesgebyr og ufrivillig deltid.

Prop.80 L (2016–2017) Lov om Likestillings- og diskrimineringsombudet og Diskrimineringsnemnda (diskrimineringsombudsloven).

Prop.57 L (2017–2018) Endringer i arbeidsmiljøloven, folketrygdloven og enkelte andre lover (samleproposisjon våren 2018).

Høringsnotat, Forslag til endringer i arbeidsmiljøloven - Tiltak mot ufrivillig deltid, <https://www.regjeringen.no/contentassets/964d348187094c1988428534fe3f90e0/horingsnotat.pdf>, (lest 15. desember 2020).

Høring – NOU 2020: 11, Den tredje statsmakt - Domstolene i endring; <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing-nou-2020-11-den-tredje-statsmakt-domstolene-i-endring/id2774188/?expand=horingsssvar&lastvisited=1629e195-1aad-439e-a76f-d658563800d9>, (lest 15. desember 2020).

Høring - Endringer i diskrimineringsombudsloven og arbeidsmiljøloven: <https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---endringer-i-diskrimineringsombudsloven-og-arbeidsmiljooven/id2721692/>, (lest 15. desember 2020).

Norske rettsavgjørelser

Rt. 1992 s. 1039

Rt. 2000 s. 1602

Rt. 2001 s. 418

Rt. 2001 s. 995

Rt. 2009 s. 685

HR-2016-867-A

HR-2019-2104-U

LB-2018-42779

TBERG-2017-117191 – TBERG-2017-161921

Avgjørelser fra Tvisteløsningsnemnda

TLN-2007-20

TLN-2016-29

TLN-2016-30

TLN-2016-32

TLN-2016-33

TLN-2017-143

TLN-2018-16

TLN-2018-33

TLN-2018-62

TLN-2018-96

TLN-2019-23

TLN-2019-62

TLN-2019-66

TLN-2019-88

TLN-2019-138

TLN-2019-119

TLN-2020-26

TLN-2020-50

TLN-2020-60

TLN-2020-78

TLN-2020-79

TLN-2020-86

TLN-2020-99

TLN-2020-110

TLN-2020-152

TLN-2020-154

TLN-2020-162

TLN-2020-163

Bøker

Johansen, Atle Sønsteli og Einar Stueland (red.), *Arbeidsmiljøloven; Kommentarer og praksis*, 2. utg., Gyldendal 2015.

Skoghøy, Jens Edvin A., *Rett og rettsanvendelse*, Universitetsforlaget, 2018.

Borgerud, Ingeborg Moen og Mona Næss, *Arbeidsrett. Omstilling, nedbemanning og virksomhetsoverdragelse i offentlig sektor*, 2. utg., Universitetsforlaget 2019.

Fougner, Jan, *Norsk arbeidsrett. Styringsrett, samarbeid og arbeidstakervern*, Universitetsforlaget 2019.

Storeng, Nils H., *Arbeidslivets spilleregler*, 5. utg., Universitetsforlaget 2020.

Fougner, Jan, Lars Holo, Tron Løkken Sundet og Tarjei Thorkildsen, *Arbeidsmiljøloven. Lovkommentar*, 2019.

Tidsskriftsartikler

Evju, Stein, «Direktivimplementering og arbeidstageres søksmålsposisjon», *Arbeidsrett og arbeidsliv. Bind 1*, (2005) s. 175-251

Stein Evju, *Utviklingstrekk i den individuelle arbeidsavtalen*, 2012,

<https://www.jus.uio.no/ifp/forskning/omrader/arbeidsrett/publikasjoner/arbeidsnotater/2012-4.pdf>, (lest 15. desember 2020).

Uttalelser fra norske organer og institusjoner

Brev av 26.06.2015 fra Tvisteløsningsnemnda til Arbeids- og sosialdepartementet, se vedlegg

1.

Brev av 30.09.2015 fra Arbeids- og sosialdepartementet til Tvisteløsningsnemnda, se vedlegg

2.

Høringssvar fra arbeidsgiverforeningen Spekter;

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---endringer-i-diskrimineringsombudsloven-og-arbeidsmiljolooven/id2721692/?uid=b822755b-b04c-4903-9319-0ac27c1a3b41>, (lest 15. desember 2020).

Høringssvar fra KS Kommunesektorens organisasjon;

<https://www.regjeringen.no/no/dokumenter/horing---endringer-i-diskrimineringsombudsloven-og-arbeidsmiljolooven/id2721692/?uid=a7602dd5-e010-45e9-9cc4-a63c5f70c234>, (lest 15. desember 2020).

Internettsteder

Nemndene.no, <https://www.nemndene.no/tvistelosningsnemnda/vedtak-tvistelosningsnemnda/>, (lest 15. desember 2020).

Vedlegg

- Vedlegg 1: Brev av 26.06.2015 fra Tvisteløsningsnemnda til Arbeids- og sosialdepartementet
- Vedlegg 2: Brev av 30.09.2015 fra Arbeids- og sosialdepartementet til Tvisteløsningsnemnda

